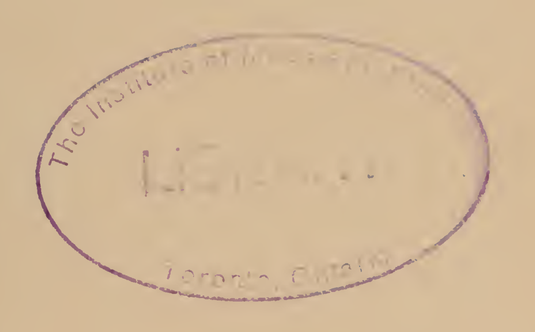
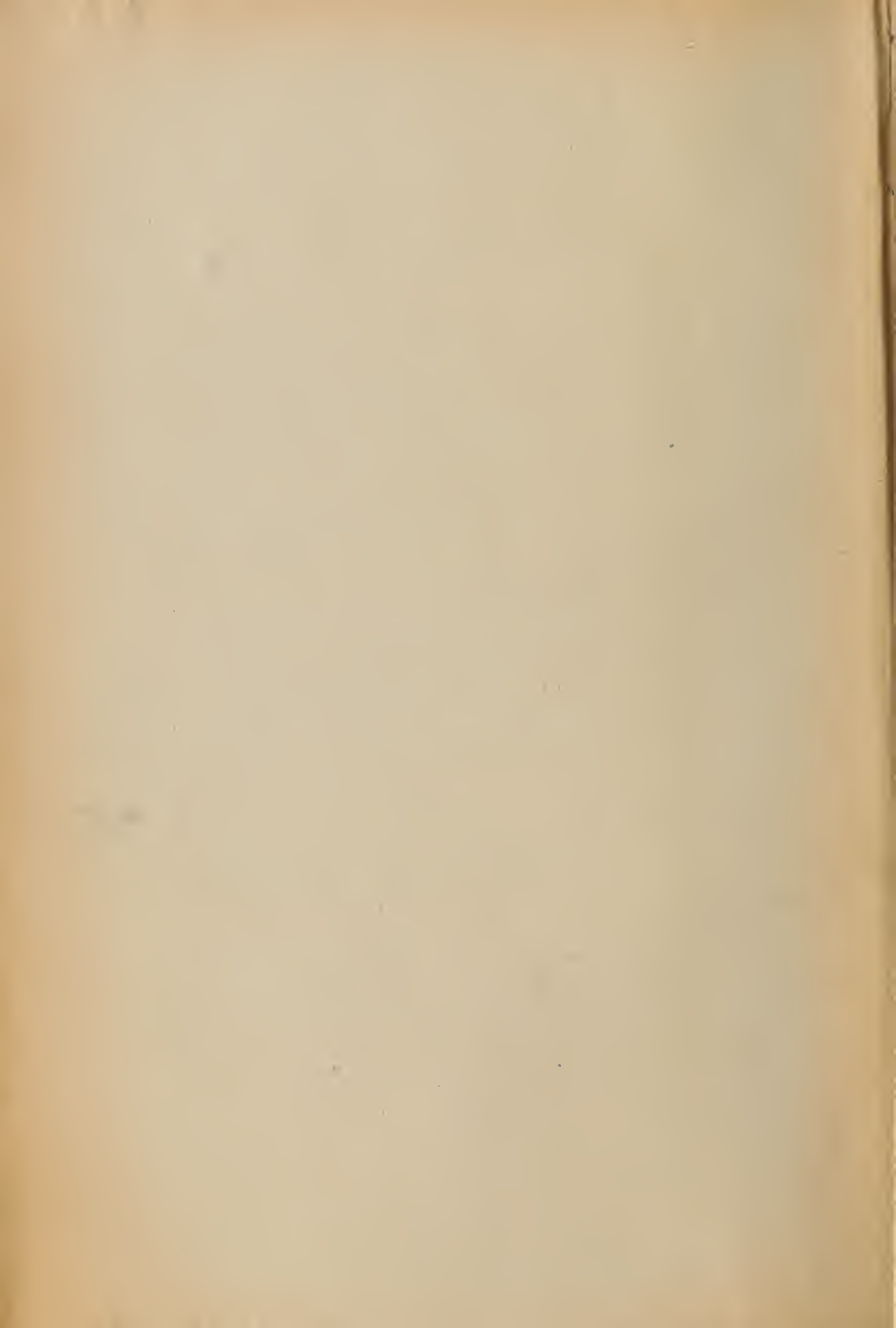






ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT UND Dr. GEORG COHN

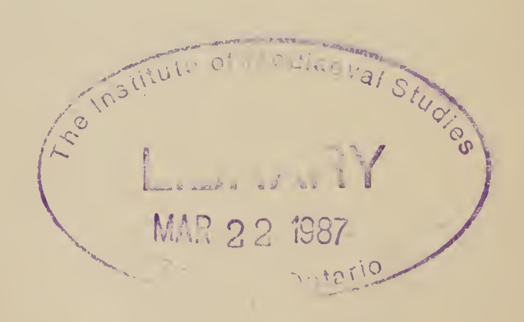
o. ö. Professor an der Universität Rostock. a. o. Professor an der Universität Heidelberg.

ZWEITER BAND.

STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1880.



Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Vom Wesen und Werden des Rechts.

Von

Professor Dr. **Felix Dahn** in Königsberg i. Pr.

Einleitung.

Die Rechtsvergleichung als Grundlage der Rechts-Philosophie.

Ein zweifacher Weg, ein doppeltes Bedürfniss führt den menschlichen Geist mit Nothwendigkeit zu der „Rechtsphilosophie“, diesem von beiden Nachbaren oft einander bestrittenen Grenzgebiet zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie.

Der Philosoph findet in der Geistes-Hemisphäre des Kosmos neben Religion, Kunst, Ethos, Wissenschaft auch Recht und Stat als grossartige Erscheinungen des menschlichen Geistes in der Geschichte bei allen entwickelten Völkern höherer Anlage: er trifft in allen Menschengenossenschaften die Idee des Rechts in den mannichfachsten Abstufungen (von dem Grade feinster wissenschaftlicher Durchbildung bis herab zu sehr einfachen noch halb unbewussten Ansätzen) als ein dem Menschen wesentliches Gut an.

Es erwächst ihm daher die Aufgabe, sein irgend wie gefundenes metaphysisches Princip auch an diesem Wissensstoff zu erproben: denn ein philosophisches Princip, das nicht im Stande wäre, seine Durchführbarkeit auch an diesem wichtigen

Product der menschlichen Vernunft zu erwahren, würde dadurch seine Unzulänglichkeit blos stellen: eine Philosophie, welche aus extremem weltflüchtigem Spiritualismus Stat und Recht nur als nothwendige Uebel zu fassen vermag, wie die ursprüngliche christliche Weltanschauung, oder aus extremem materialistischem Atomismus den Stat auflöst in die „arbeitende Gesellschaft", beweisen dadurch die Einseitigkeit und Unzulänglichkeit ihres Princips.

Die Rechtswissenschaft aber sieht sich, wenn die Rechtscultur und ihre wissenschaftliche Bearbeitung mit der steigenden nationalen Gesammt-Entwicklung eine gewisse Stufe erreicht hat, vor eine Reihe von Fragen und Anforderungen gedrängt, welche sie, als Einzeldisciplin, nicht zu beantworten und zu erfüllen vermag: ihre eignen Principien kann die Jurisprudenz sowenig erweisen, als irgend eine andere Einzelwissenschaft: das kann nur die Philosophie: denn Philosophiren ist Principien suchen.

Schon das encyklopädische Bedürfniss kann von der Rechtswissenschaft nicht befriedigt werden: den Zusammenhang, die Unterordnung oder Selbstständigkeit, die Nothwendigkeit der einzelnen Disciplinen und Gebiete des Rechts kann nur philosophische Betrachtung darthun.

Sodann verlangt die Rechtskritik einen von dem zu kritisirenden Gegenstand unabhängigen Massstab.

Ist einmal ein Volk aus der Unmittelbarkeit der Vorcultur zur Reflexion vorgeschritten, so nimmt es auch auf dem Gebiet seines Rechtslebens das Ueberkommene nicht mehr mit fragloser Anerkennung hin: es wird, namentlich wenn bei rascherem Fortgang des Lebensinhalts und reicherem Auftauchen neuer wirthschaftlicher, gesellschaftlicher Aufgaben die alten, einfachen Rechtsnormen als nicht mehr angemessen empfunden werden, die einmal erwachte Kritik das Ueberlieferte und Bestehende auch auf dem Boden des Rechts um seine Existenzberechtigung, d. h. um seine Zweckmässigkeit, um seine Uebereinstimmung mit dem veränderten Gesammt-

zustand der Nation, mit ihrem folgeweise zugleich mit veränderten Rechtsideal befragen.

Ist vollends bereits eine Wissenschaft des Rechts erwachsen, so wird diese nicht nur aus Gründen des äusseren Bedürfnisses nach praktischen Reformen, auch aus theoretischer, logischer, innerer Nothwendigkeit Kritik des von ihr zu behandelnden Rechtsstoffes üben und diesen nicht bloss nach der Zweckmässigkeit, auch nach der Vernünftigkeit der positiven Rechtssätze prüfen.

Aber auch bei der Fortbildung des Rechts durch die bewusste Absicht des Gesetzgebers können die letzten Entscheidungen unter sich bekämpfenden Anschauungen nur aus der Grundauffassung vom Recht, von dem Wesen, den Aufgaben, den Mitteln und den Schranken des States gefunden werden.

Gewiss sollen diese Entscheidungen in voller Würdigung der concreten Verhältnisse des einzelnen Volkes und States, nicht aus abstracten Theorien mit dem Wahne der Gültigkeit für alle Nationen und Zeiten, geschöpft werden, aber in dem Lärm und Gewoge der Parteien kann dem Statsmann, dem Gesetzgeber doch nur philosophisch durchgebildete Vernunftüberzeugung Ruhe und Stäte und Klarheit gewähren über seine Ziele und seine Bahnen.

Aus dem Grundgedanken unserer ganzen Auffassung folgt allerdings die Einsicht, dass auch die Ergebnisse solcher philosophischer Forschung, welche der Einzelne zu gewinnen vermag, stets bedingt sind von seiner Individualität und der Gesammtheit der auf ihn wirkenden Einflüsse in Raum und Zeit: Absolutes also vermag auch die Philosophie in diesen Fragen nicht zu erreichen: auch ihre Erfassung der Idee des Rechts ist stets eine individuell, national, zeitlich bestimmte: aber klarer, ruhiger, objectiver wird das Ergebniss sich immer gestalten als die Auffassungen der Parteileidenschaft oder der reflexionslosen Weiterbildung des Ueberkommenen.

Der Statsmann, der Gesetzgeber wird die wichtigsten

Begriffe, mit denen er zu operiren, die dringendsten Aufgaben, die er zu lösen, die brennendsten Streitfragen, die er zu entscheiden hat, aus den bewussten und unbewussten Verdrehungen der sogenannten öffentlichen Meinung in der Gegenwart und ihrer Parteiungen sowie aus der Herrschaft veralteter Traditionen der Vergangenheit empor heben müssen auf die Höhe der Kritik, er wird sie mit seiner gesammten Weltanschauung, mit seinen Principien zusammen halten d. h. er wird sie philosophisch betrachten müssen.

Die praktisch wichtigsten Fragen auf allen Gebieten des Rechts: des Völkerrechts, des Statsrechts, des Kirchenrechts, des Strafrechts, des Process-, des Privatrechts: (z. B. Interventionsrecht, Nationalitätsprincip, Verhältniss des States zur Kirche, zu den andern Aeusserungen des freien Innenlebens, Zurechnung, Strafzweck, Beweissystem, Organisation der Gerichte, Ehe, Erbrecht), das Verhältniss von Recht und Stat zu Familie, Volkswirthschaft, Religion, Moral, Kunst, Wissenschaft — diese Probleme finden ihre letzte Beurtheilung nur in der Aufsuchung der Grundbegriffe, der Principien von Persönlichkeit, Freiheit, Recht und Stat.

Principien suchen aber ist Philosophiren.

Die Rechtsphilosophie ist demnach die systematische Erforschung der Principien des Rechts.

Sie hat nach ihrer philosophischen Seite die nothwendige Entstehung der Idee des Rechts in der menschlichen Vernunft und ihr Verhältniss zu den übrigen Richtungen des Menschengeistes und Kräften im Menschenleben zu untersuchen: sie hat dem Recht seine Stellung in dem geistigen Kosmos anzuweisen.

Nach ihrer juristischen Seite hat sie die mit philosophischer Speculation auf Grund vergleichender Rechtsgeschichte gefundenen obersten Principien von dem Wesen des Rechts und Stats zu bewahrheiten an dem positiven Rechtsstoff aller Rechtsgebiete.

Darin liegt die empirische Probe über die speculative Rechnung.

Je mehr wir im Stande sein werden, unser rechtsphilosophisches Princip in allen wichtigen Fragen des öffentlichen und privaten Rechts in ungezwungener und ergiebiger d. h. an zutreffenden Entscheidungen fruchtbarer Weise durchzuführen, je mehr die aus diesem Princip gezogenen Folgerungen juristischen Tact und praktische Brauchbarkeit zeigen, so zwar, dass sie dem historischen Rechtsleben nicht gedankenlos und kritiklos nachbeten, aber auch nicht in seinen Erfordernissen widersprechen, sondern dasselbe mit gehend aber voranschreitend führen, desto sicherer dürfen wir eine Annäherung unserer Auffassung an das objectiv Richtige annehmen. —

Der Darstellung des *Systems* wird eine *Geschichte* der Rechtsphilosophie vorangeschickt werden müssen: das empfiehlt sich aus dem hier nur kurz angedeuteten Standpunct, dessen Rechtfertigung die folgende Ausführung liefern muss.

Verwerthung der Ergebnisse der historischen Schule durch die Speculation, Aufbau der rechtsphilosophischen Construction auf Grund der vergleichenden Rechtsgeschichte, der Völkerpsychologie und Ethnologie lautet unsere Anforderung an eine Rechtsphilosophie, welche eine Wissenschaft und nicht eine Phrasensammlung sein will.

Nachdem die genialen aprioristischen Constructionen der Fichte-Schelling-Hegelschen Systeme über ein Menschenalter die deutsche Bildung zwar vielfach gefördert und befruchtet, aber auch in der Selbsttäuschung der Schulformel befangen gehalten, war es die *historische Schule*, welche auf dem Gebiet der Sprach- und Rechts-Forschung, der Kunst- und Religions-Geschichte, dann folgeweise auf dem der politischen Geschichte und zuletzt von der Seite der „Philosophie der Geschichte“ und der Erkenntnisstheorie her auch auf dem Boden der Philosophie die aprioristische, rein speculative Construction in ihrer Unfruchtbarkeit nachwies und durch die Ergebnisse der historischen Methode beschämte: denn diese historische Forschung hat auch für die bezeichneten Gebiete der Philo-

sophie Aufschlüsse gewonnen, welche die inhaltleeren und oft dem Thatsächlichen widersprechenden Formel-Resultate der Speculation auslöschten in der deutschen Bildung: ähnlich wie die sogenannte Naturphilosophie verschwand vor den fast gleichzeitigen Entdeckungen der experimentirenden und beobachtenden Naturforschung.

Die Strömung der Zeit wandte sich dann mit Geringschätzung von aller philosophischen Denkweise ab, vollbeschäftigt mit Einbringung und Genuss der reichen Aerndte empirischer Forschung auf dem Gebiet der Geistes- und der Natur-Wissenschaften.

Aber die philosophische Betrachtung ist dem Menschengeist auf einer gewissen Culturstufe unentbehrlich: und zumal deutsche Geistesart kann nicht von ihr lassen.

Gerade die Meister empirischer Forschung erkennen klar die Begrenzung ihrer Mittel und die Nothwendigkeit der Ergänzung ihrer Arbeit durch eine besonnene Speculation, welche sich auf dem von der Empirie eroberten Boden bewegt, aber auch darüber erhebt.

Dies ist unser Standpunct [1]).

---

[1]) Die Herausgeber und Freunde dieser Zeitschrift wird es vielleicht erfreulich berühren, wenn wir hier einige Sätze einschalten, welche wir lange vor Begründung dieser Blätter, im Jahre 1873, in Vorbereitung einer Geschichte der Rechtsphilosophie niedergeschrieben haben.

„Wenn wir für die Rechtsphilosophie die historische Methode, — die der Rechtsvergleichung und der Völkerpsychologie — als die allein auf der Höhe der Wissenschaft stehende bezeichnen, wenden wir nur eine allgemeine Errungenschaft der letzten Jahrzehnte auf das Sondergebiet des Rechtes an. Unmittelbar nach den Warnungen Kants vor den Selbsttäuschungen dogmatischer Philosopheme erfolgte ein Aufbau von dogmatischen Systemen mit Constructionen a priori, welche zwar alle früheren in Deutschland überragten an genialer Kühnheit, aber auch an genialer Willkür, an genialer Grossartigkeit, aber auch an genialer Irrigkeit, an genialer Inspiration, aber auch an scheuloser Vergewaltigung der Thatsachen, des tief verachteten „empirischen“ Wissens in Natur und Geschichte. Und dabei wähnten anfangs jene Baumeister auf Kantischem Boden zu stehen.

Kant verdanken wir die Erkenntniss der Beschränkung aller menschlichen Speculation: wir wollen aus diesem Kriticismus in keine Art von Dogmatismus, und sei er auch

---

Diese aprioristischen Systeme von Fichte, Schelling, Hegel haben, vermöge der ausserordentlichen Begabung der Meister, einzelne glänzende und dauernde Entdeckungen in Psychologie, Aesthetik, Religionsphilosophie, in Philosophie der Geschichte geliefert und Hegel wenigstens hat auch für eine tiefere und würdevollere Auffassung von Stat und Recht sehr dankenswerthe Anregungen gegeben. Aber die Methode dieser Systeme hat doch für immerdar ihre Verwerflichkeit erwiesen durch jene unglaublichen Ungeheuerlichkeiten der Natur-, Religions- und nicht zum Mindesten der Rechtsphilosophie, welche wir, wenn wir sie bei unsern geistreichen westlichen Nachbarn fänden, mit recht übeln Namen schelten würden.

In der selben Zeit, da die apriorische Construction diesen stolzen ikarischen Flug in die Wolken wagte und den Boden, auf welchem die verachtete empirische Forschung ihre Ameisen-Arbeit betrieb, ganz aus den Augen verloren hatte, gerade damals, in den ersten Jahrzehnten unseres Jahrhunderts haben die Niebuhr und Savigny, die Eichhorn und Grimm für römisches und deutsches Recht nicht nur, für römische und deutsche Cultur-Geschichte nicht nur, sondern, im Anschluss an Wilhelm von Humbolds geniale Auffassungen, für die gesammte Geistesgeschichte der Menschheit auf empirischem, geschichtlichem Wege Ergebnisse gewonnen, welche zum grossen Theil auch dem Inhalt nach, vor Allem aber was die Methode betrifft, als unverlierbare Errungenschaften gerühmt werden dürfen: und zwar für die Methode nicht empirischer Forschung nur, auch jedes besonnenen „Suchens der Principien“ das heisst jedes besonnenen Philosophirens.

Jene Männer konnten und wollten ihre Entdeckungen nicht speculativ verwerthen.

Die speculative Schulphilosophie aber ignorirte die von den Empirikern gefundenen Wahrheiten.

Die speculative Verwerthung dieser Wahrheiten in Methode und Inhalt, die Speculation auf Grund der Ergebnisse der historischen Schule, ist unseres Erachtens die heutige Aufgabe der Rechtsphilosophie: auf dem Gebiet der Sprache und der Mythologie dürfen wir bereits grosse Fortschritte dieser verbündeten Mächte, der Speculation und der historischen (vergleichenden) Empirie verzeichnen: die Rechtsphilosophie darf sich gürten und rüstig wandern, will sie die weit vorangeeilten Schwestern einholen.“ (Ostern 1873.)

so geistvoll wie die genialen Constructionen Hegels, zurückfallen.

Von einer Kritik unseres Erkennens, seiner inneren Gesetze und seines unablegbaren Mediums, der Sprache, muss alle Speculation anheben: dann wird sie sich der Relativität ihrer Ergebnisse bescheiden bewusst bleiben.

Das Material aber, über welches philosophirt werden soll, muss in dem von der geschichtlichen Forschung genau festgestellten Bestande von dem Philosophirenden vollständig und sicher beherrscht sein.

Wenden wir diese Sätze auf den Rechtsstoff an, so ergiebt sich als unerlässliche Voraussetzung aller Rechtsphilosophie eine Disciplin vergleichender Rechtsgeschichte: eine Vorlesung, welche sowenig wie vergleichende Sprachforschung oder vergleichende (geographische) Botanik oder Zoologie an unsern Hochschulen fehlen sollte.

Der Professor der Rechtsphilosophie müsste, als Legitimation für sich selbst und seine Hörer, dieses Colleg — als Einführung in die Vorlesung über Rechtsphilosophie — zu halten im Stande sein.

Bei dem dermaligen Stande der Erforschung der orientalischen Culturen wird es freilich noch kaum einem Einzelnen möglich sein, neben dem Rechtsstoff der drei grossen arischen Culturvölker Europas, Hellenen, Römer, Germanen (welchem etwa angefügt werden mag, was von Slavischem und Keltischem bekannt ist), auch jene so manchfaltigen aus Religion, Moral, Poesie und Recht gemischten Bildungen im Orient zu beherrschen: billige Ansprüche werden sich dermalen mit der empirischen Durchbildung des Rechtsphilosophen in jenen drei Gebieten begnügen müssen.

Aber es darf nicht verkannt werden, dass das eine nur provisorisch ausreichende, eine an sich zu schmale Grundlage ist: universelle vergleichende Rechtskenntniss muss als Ziel im Bewusstsein erhalten werden.

Ist doch schon bei Hellenen und Italiern die Ausschei-

dung des Orientalischen kaum mehr durchführbar und ein Zurückgehen auf das den arischen Völkern Gemeinsame im Gebiete des Rechts sowenig zu vermeiden wie in dem der Sprachforschung oder der Mythologie.

Aber auch nach andern Richtungen hin muss die Grundlage rechtsphilosophischer Forschung ganz bedeutend erweitert werden: ja so sehr in's Ungemessene, dass schwerlich das hier vorleuchtende Ziel ganz wird erreicht werden.

Es ist nämlich doch ein seltsamer Irrthum der Methode, sich auf die genannten drei Nationen und etwa noch die reichst entwickelten orientalischen Reiche zu beschränken und dabei gleichwohl fortwährend ungenirt von einer „Geschichte der Menschheit“ zu sprechen.

In Wahrheit müssten die Rechtsbildungen aller uns bekannten Stämme beigezogen werden, auch der minder reich angelegten, auch der in der Stufe der Vorcultur Beharrenden, auch der sogenannten Naturvölker oder der „Wilden“.

Vergleichende Völkerkunde, Ethnologie, Völkerpsychologie, Anthropologie (die ihrerseits ohne die Grundlage von zwei naturwissenschaftlichen Disciplinen, der Paläontologie und vergleichenden Zoologie in der Luft schweben) sind die Voraussetzungen einer wissenschaftlichen Rechtsphilosophie. Für die Sprachphilosophie, ja für die auf der Höhe der Forschung stehende empirische Sprachwissenschaft ist dies anerkannt: für das Recht wird diese Anforderung solcher Ausdehnung hier zum ersten Mal aufgestellt.

Und doch ist es gewiss für die Rechtsphilosophie an sich ebenso interessant zu lernen, wie die Petschenägen oder Australneger Eigenthum und Strafe auffassen als wie die Römer oder Beccaria darüber dachten.

Erst der Blick auf fern abliegende, „barbarische“, „wilde“ Völker und ihre einfachen, „wilden“ Anschauungen und Zustände erweitert den Gesichtskreis und befreit von dem Bann der unwillkürlich oder mit Bewusstsein ausschliesslich zu Grunde gelegten hellenischen, römischen und, wie die

Phrase tönt, „christlich - germanischen“ Vorstellungen. Die Berichte der Reisenden über die Rechts- und Cultur-Zustände solcher Naturvölker sind ein unentbehrliches Material für eine „Rechtsphilosophie auf Grund vergleichender Rechtsgeschichte“ wie sie uns als Ideal vorschwebt.

Dabei waltet freilich der doppelte Uebelstand, dass solche Berichte, wie sie z. B. Waitz in seiner Anthropologie der Naturvölker verwerthet hat, sich meist aller Controlle entziehen und aus Missverständniss der Sprache oder der Dinge, aus Mangel an Kritik oder an Interesse oft unrichtig aufgeführte Thatsachen liefern. Dann, dass der nicht juristisch, ja oft auch nicht historisch gebildete Reisende (Naturforscher oder Missionair oder Militair) nicht weiss, auf welche Puncte er seine Fragen zu richten hat; so wird oft als Rechtssatz berichtet, was nur Sitte oder moralische oder religiös-sacrale Ordnung ist.

Allein die Schwierigkeiten, welche der Lösung einer wissenschaftlichen Aufgabe bei idealer Auffassung entgegenstehen, dürfen nicht abhalten von der Aufstellung dieses Zieles.

II.

Allerlei von den dinglichen Rechten
insbesondere
von den Rechten an eigner Sache.

Von

E. I. Bekker.

Uebersicht.

I. Definition des Eigentums aus den Quellen des Römischen Rechts nicht zu entnehmen. — II. Uebergang zu den positiven Ausfürungen. — III. Zur Definition des Rechts im subjektiven Sinne. — IV. Rechte an unkörperlichen Sachen. — V. Wider Thons Behauptung, dass die Veräusserungsbefugnis nicht zum Inhalt der Rechte gehöre. — VI. Unterscheidung des Bestands und der Zuständigkeit der Rechte. — VII. Zum Begriff der Sache; Anwendung auf die Lehre von den res extra commercium. — VIII. Uebergang auf die Rechte an eigner Sache, vorbereitende Bemerkungen. — IX. Die vernichtende Wirkung der confusio, bei der Vereinigung mehrer dinglicher Rechte in einer Hand, folgt nicht aus den zu grunde liegenden Begriffen, sondern ist nur aus Nützlichkeitsgründen angenommen. — X. System der Rechte an der eignen Sache.

I.

Die Quellen des Römischen Rechts geben keine Definition[1]) des Eigentums. Sie berichten von zwei Arten des

[1]) Es mag von vorn herein bemerkt werden, dass die nachstehenden Betrachtungen zum guten Teile veranlasst sind durch Gustav Hartmanns Abhandlung „Rechte an eigner Sache“ in dem Freiburger Programm von 77. Was darin festgestellt ist, setze ich als bekannt voraus.

Eigentums, die nach langem Nebeneinanderbestehn endlich verschmolzen sind; wir erfaren aus welchen Vorgängen einst das eine aus welchen das andre Recht zu entstehen pflegte, desgleichen die einzelnen Berechtigungen des quiritarischen und des bonitarischen Eigentümers, insbesondere Bedingungen und Erfolge der Schutzklagen. Auf die Fragen „was war das dominium ex iure Quiritium?“ „was ist das Eine Eigentum des Justinianischen Rechts?“ felt jede Antwort. Und zwar wird man dies keinem bösen Zufalle in Rechnung stellen dürfen. Gelänge spiritistischer Kunst den Geist eines der grossen Römischen Juristen in unsere Gegenwart herein zu bannen, er müsste, ganz ebenso wie die Quellen, uns Antwort schuldig bleiben; ja er würde vielleicht die Frage zuerst gar nicht verstehen, und nachdem wir sie ihm verständlich gemacht erklären, darüber habe man seiner Zeit nie nachgedacht, davon wisse er selber noch weniger als wir.

Die Rechtsbildung in Rom geschah eben anders als bei uns, darum war auch die Aufgabe der Rechtswissenschaft eine wesentlich verschiedene. Jedes objektive Recht strebt nach innerer Einheit, Uebereinstimmung der einzelnen Rechtsäusserungen. Verstehen wir unter Rechtsäusserungen zunächst die Entscheidungen der Gerichte. Wo Gerichte bestehen kann man, one darum die Berechtigung auch anderer Anschauungen zu verleugnen, das objektive Recht als eine Reihe von Anweisungen an die Gerichte betrachten „wenn das vorliegt, entscheide so.“ Den Römischen Ausdrucksformen aus der Zeit der klassischen Jurisprudenz angenähert: erstens Anweisungen an den Prätor [2]), wie dieser sie in seinem Edicte für den eignen Gebrauch zu formuliren pflegte, „unter den und den Voraussetzungen wird die und die actio gegeben“; zweitens

---

[2]) Wer Anstoss daran nähme, die Bestimmungen des Edicts als Anweisungen die der Prätor sich selber gibt aufgefürt zu sehen, bedenke, dass der edicirende Prätor in der Tat ein Organ der Gesetzgebung ist.

Anweisungen an den Judex[3]), „ist die actio gegeben, so hast du folgende Momente zu berücksichtigen, und danach also zu entscheiden." Den besten Teil dieser Anweisungen für Prätor und Judex haben während der besten Zeit der Rechtsentwicklung zu Rom die Rechtsgelehrten erarbeitet, die wichtigsten Rechtsäusserungen, im oben angegebenen Sinne, waren also ihr Werk. Sie haben Konsequenz und Harmonie dieser Rechtsäusserungen angestrebt, mit grossem Geschick und mit nicht minderem Erfolge; aber der, ich möchte sagen mechanische Teil ihrer Arbeit ist doch nach den Anforderungen der Gegenwart keineswegs ausreichend.

Wir fordern neben der Konsequenz und Harmonie der einzelnen Rechtsäusserungen, dass diese Qualitäten derselben allezeit handgreiflich vorliegen; wir wollen wissen nicht blos wie zu entscheiden, sondern auch warum so zu entscheiden ist. Das Warum mag tatsächlich bei den Römern nicht viel anders gestaltet gewesen sein als bei uns. Der Unterschied der Römischen und der modernen Methode zeigt sich vornehmlich darin, dass jene bei dem Ergründen und in Worte Fassen des Warum sich nicht lange aufhält, im Vertrauen auf die eigene Begabung, Takt oder Instinkt wie man sie heissen mag, vielmehr eine Entscheidung rasch der andern anreiht. Das können wir nicht, und das wollen wir nicht. Auch ist die äussere Stellung der Wissenschaft eine andere geworden; der Rechtsgelehrte als solcher hat keinen unmittelbaren Einfluss mehr auf die Praxis, auf die Rechtsäusserungen. Er hat diese nicht zu machen, sondern zu nehmen wie sie sind. Er arbeitet dem Gesetzgeber und dem Praktiker nach, und jenachdem vor; er sucht die Konsequenz und Harmonie ihrer Entscheidungen darzulegen, das Warum das für sie bestimmend gewesen klar hinzustellen. Was von jenen vielleicht nur unklar empfunden war, das will er präzisiren, ausdenken

---

[3]) Als solche aber kommen nicht blos die Formeln in Betracht, sondern neben diesen auch die Vorschriften des officium iudicis.

und aussprechen. Im natürlichen Fortgang der Arbeit kommt er dabei zur kritischen Beurteilung der bisherigen Leistungen, und weiterhin zur Konstruktion der Grundlagen auf welche die Gesetzgebung und die richterliche Praxis bei ihren späteren Arbeiten zu bauen haben wird. Die dem objektiven Rechte gemässe Entscheidung aber sezt, so pflegen wir zu meinen, als Brücke gleichsam aus dem Recht ins Leben, regelmässig ein s. g. subjektives Recht voraus, in ihm sehen wir das gesuchte Warum der einzelnen Entscheidungen. Daher die moderne Jurisprudenz vielleicht den besten Teil ihrer Kräfte auf die Fest- und Fertigstellung dieser subjektiven Rechte verwendet.

An der Römischen Methode arg zu mäkeln, verbieten schon die grossen Erfolge, die damit gewonnen sind. Wieder aber scheint die unsere eine höhere Stufe der Entwickelung zu bekunden, wenn sie das instinktive Ahnen durch verstandesmässiges Begreifen ersetzen will. Desgleichen muss die Teilung der Arbeit als Fortschritt gelten; dass mit beiden aber auch neue Uebelstände verknüpft sind, das kümmert uns hier am wenigsten.

II.

Was ist Eigentum? — Die Betrachtungen unter I leiten darauf hin, dass eine Beantwortung dieser und aller gleichartigen Fragen in unserem Sinne aus den Quellen des Römischen Rechts nicht zu entnehmen sein kann. Die Quellen dienen direkt blos der historischen Forschung: wie haben die Römer sich das Eigentum u. s. w. gedacht? Bei dieser Forschung aber müssen wir uns je nach Umständen auch bei den Antworten bescheiden: non liquet, die mangelhafte Beschaffenheit der Quellen schliesst weiteres Erkennen aus; oder, wie in unserm Falle, die Quellen lassen erkennen, dass die Römer über die Frage wenig, auch gar nicht, nachgedacht haben; oder die Resultate ihres Nachdenkens sind diese, freilich mit unserem Masse gemessen verfelte, irrige. Alle Achtung vor

dieser historischen Forschung; aber sie ist doch nicht die allein berechtigte auf dem Felde der Rechtswissenschaft. Der gelehrte Jurist soll dem Gesetzgeber und dem Richter in die Hand arbeiten; dahin gelangt er auf diesem Wege nie. Eine zweite Art der Arbeit muss folgen. Um die Sache mit kurzen Namen auszudrücken: in der Jurisprudenz ist die historische Arbeit die Basis der filosofischen, wie diese wiederum die Basis der praktischen Tätigkeit sein soll.

Was ist Eigentum? wie denken wir uns das Eigentum? Auch diese Frage kann als rein historische gemeint sein, und man wird sich dann auch hier eventuell bei der Antwort, dass das Ausdenken des Begriffs noch unvollendet sei, die Denktätigkeit bisher noch zu keinem festen und haltbaren Ergebnisse gefürt habe, beruhigen müssen. Gewönlich aber zielen derartige Fragen weiter: steht der Begriff schon fest? und wo nicht, wie haben wir ihn festzustellen?

Dass der Begriff des Eigentums bei uns kein feststehender ist, weiss jeder in der modernen Literatur einigermassen Bewanderte. Es bedarf aber auch nur der gewönlichen Umsicht, um sich zu überzeugen, dass er kein bald festzustellender ist. Eigentum ist ein dingliches Recht, die dinglichen Rechte zälen zu den Vermögensrechten und die Vermögensrechte wieder machen eine besondere Gruppe der subjektiven Rechte aus, darüber dürfte nahezu Einstimmigkeit herrschen. So wie man aber an die Bestimmung der einzelnen Begriffe herangeht, Recht, Vermögensrecht, dingliches Recht definiren will, so kommen Differenzen zum Vorschein, deren Tragweite ebenso unverkennbar ist, wie die Ausgleichung fern zu liegen scheint. Nicht leichter macht sich die Unterscheidung des Eigentums von den andern dinglichen Rechten.

Versuchen wir im folgenden ein paar Kleinigkeiten beizutragen zur Fertigstellung jener allgemeinen Begriffe, wie dieselben den Anforderungen der Gegenwart zu entsprechen scheinen.

III.

„Recht (im subjektiven Sinne) ist eine von dem Recht (im objektiven Sinne) verliehene Willensmacht“ (vergl. Windscheid Pand. I § 37 4. Aufl.). Ich acceptire die Willensmacht, aber nicht dass der Begriff des subjektiven Rechts auf das von der Rechtsordnung Verliehene zu beschränken sei. An meinem Messer, an meiner Uhr, an hundert andern Stücken, die mich umgeben habe ich Recht, dingliches Recht, Eigentum; es scheint vollkommen korrekt meine Beziehung zu den Stücken als Willensmacht zu bezeichnen, aber es ist nicht wahr, dass diese Beziehungen zu den Sachen mir von der Rechtsordnung verliehen sind. Die Macht ist mir anders, gleichviel woher geworden, die Rechtsordnung hat mir verliehen nur Anerkennung der Macht, und Schutz derselben in Aussicht gestellt. Und so überall: nicht die Willensmacht nur die Anerkennung und den Schutz derselben verleiht das objektive Recht.

Sollen wir nun die verliehene Anerkennung ablösen von dem Anerkannten, den Schutz von dem Geschüzten und den Namen des (subjektiven) Rechts beschränken auf dies von der Rechtsordnung wirklich und allein Verliehene? Unmöglich wäre das wol nicht, aber unpraktisch (denn welchen Gebrauch könnten wir von dieser Accession one Hauptsache machen), und den Anschauungen des Volkes, das nach der Rechtsordnung leben soll, zuwider.

Im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens wird unter Recht die Willensmacht verstanden, die in der Rechtsordnung Anerkennung und Schutz findet. Der Begriff umfasst das was die Anerkennung und den Schutz findet zusammen mit dem was die Rechtsordnung mit ihrer Verleihung hinzutut. Wir werden es nicht zu bedauern haben, wenn wir diesen Sprachgebrauch der aus alter Erfarung geschöpft ist respektiren.

Von Windscheid sind die bedenklichsten Konsequenzen seiner Definition nicht gezogen. Bei Andern können wir ihnen täglich begegnen. Nicht selten vermischen sie sich mit An-

schauungen, deren bestechender Schein nicht zu bestreiten ist. Die Rechtsordnung eine Reihe von Imperativen; die Imperative nur an Menschen gerichtet; die subjektiven Rechte, als Ausflüsse der Rechtsordnung, gleichfalls nur an den Menschen; zu jedem Recht korrespondirende Pflicht desjenigen gegen den dasselbe geht.

Die Bedeutung dieser Auffassung lässt sich am besten bei der Betrachtung der dinglichen Rechte erkennen. Ich sehe in ihnen Willensmacht, deren Objekt (unmittelbarer Gegenstand) eine Sache ist; ebenso Windscheid, Pand. I. § 40. Die Sache ist da, vom Berechtigten innerhalb der Schranken des einzelnen Rechts sich behandeln zu lassen. Die Macht, die der Berechtigte über die Sache hat, kann aber frei nach dem Willen des Berechtigten geübt werden nur dann, wenn alle störenden Eingriffe Dritter, die sich zwischen den Berechtigten und seine Sache drängen möchten, fernzuhalten sind. Die Macht des Berechtigten wird sich also bald wider die Sache selber zu kehren haben, um aus dieser den ihm gebürenden Genuss zu ziehn, bald wider dritte Personen, die die Machtbetätigung wider die Sache selber zu hemmen unternähmen. Jene Möglichkeit der Machtentfaltung gegen die Sache selbst gilt uns als die innere Seite, die andere gegen die andrängenden Störer als die äussere Seite des dinglichen Rechts. Beide Seiten gehören naturgemäss zu einander, wie die zwei Seiten einer Sache. Die Ausübung meines Rechtes an der Sache wäre dem blinden Glücke preisgegeben, wo für die Fernhaltung Dritter nicht zuverlässig gesorgt würde, und wieder hätte das Fernhalten Dritter keinen Zweck, wenn dadurch nicht die Freiheit der eigenen Benutzung gesichert würde.

Das objektive Recht verhält sich zu den beiden Seiten verschieden: es deckt die innere Seite nur mit seiner Anerkennung, während es der äussern neben der Anerkennung auch Schutz verleiht; doch muss gleich bemerkt werden, dass diese Beschränkung des rechtlichen Schutzes auf die Aussen-

seite nur als zufällig gelten kann. Römer und wir haben einen Rechtsschutz der Innenseite nicht, weil wir ihn nicht brauchen, weil das eigne Können des Berechtigten regelmässig ausreicht, weil die Staatsorgane zu ungefüge sind die etwa zu wünschende Unterstützung zu leisten. Aber wenn z. B. die Römer den Herren Rechtshülfe wider die Sklaven nach Bedürfnis gewärt hätten, würde darum die Sklaverei haben aufhören müssen als Species des Eigentums zu gelten?

Dagegen muss was wir innere Seite heissen von dem dinglichen Rechte vollständig abtrennen, wer der Annahme huldigt, dass Rechte nur gegen Menschen gehn können; er muss zudem noch ein Stück der äussern Seite darangeben, wenn er festhalten will, dass nur was die Rechtsordnung verliehen hat Recht sei, da die Macht zur Abhaltung Dritter auch zum guten Teile keine verliehene sondern eine ursprüngliche auf dem eigenen Können des Berechtigten stehende ist.

Gegen diese Zerstückelung des Rechtsbegriffs und gegen die Beschränkung des Rechtsnamens auf ein kleineres oder grösseres der Trennstücke spricht mancherlei. Das resultirende Recht wider Jedermann ist ein unhandlicher in vielen Beziehungen hoch bedenklicher Begriff; ich will hier nicht reproduziren was ich selber vor Jaren, noch was neuerdings Thon, Rechtsnorm 156 f., wider die Annahme des „Anspruchs gegen Jedermann" ausgefürt hat. Ferner: was die Gegner Recht heissen, kommt im Leben von etwaigen seltenen Ausnahmen abgesehn, nicht allein vor, sondern tritt regelmässig nur in Verbindung mit der von ihm abgelösten, vorläufig ungenannten, in den Augen der Masse aber zweifellos bessern Hälfte auf. Wir müssten also unsere Lehre etwa dergestalt zuschneiden: wenn du eine Sache kaufst, vermacht oder geschenkt erhältst u. s. w., so erwirbst du damit nicht blos das Recht (Eigentum), sondern ausser dem Recht noch etwas anderes an der Sache, das du einstweilen nennen kannst wie du willst; das Recht allein würde dir gar nichts nützen, das Andere one das Recht auch nicht viel,

aber mit dem Komplex beider, für den wir nun leider noch keinen Namen haben, bekommst du gerade das was du suchest. Unzweifelhaft dass wir uns mit derartigen Vorträgen in den Geruch tiefer, aber auch für das Leben völlig unbrauchbarer Gelehrsamkeit setzen würden.

Aber auch unseren eigenen rechtswissenschaftlichen Bedürfnissen genügen diese Trennstücksbegriffe nicht. Sie verderben uns den Begriff des Vermögens, der nach dieser Annahme nicht mehr als Komplex von Rechten, und nichts als Rechten, lauter gleichartigen Grössen, gefasst werden dürfte. Sie zwingen uns bei jedem Vorgange von rechtlicher Bedeutung, den wir betrachten, die Frage aufzuwerfen, ob dieses Ereignis nur das Recht an sich, oder zugleich seinen dunkeln Begleiter berüre: teilen beide gleiche Schicksale, wozu die Unterscheidung? gehen sie aber in beachtenswerter Weise auseinander, so bedürften wir einer ganz neuen Doppeltheorie von den Rechten und von den Nichtrechten, die mit jenen in Verbindung aufzutreten und ihnen die Bedeutung für den Verkehr erst zu geben pflegen.

IV.

Schliesslich aber mag soviel zugegeben werden: sollte dieselbe Denkform, deren Anwendung auf die dinglichen Rechte ich hier zurückweise, in irgend einer andern Anwendung unabweislich werden, so würde damit ein grosser Teil der von mir erhobenen Bedenken schwinden. Nun kennt das heutige Recht neue Rechte, an allerlei Namen und Bezeichnungen (Wappen, Firmen, Marken u. s. w.), an Erfindungen und Entdeckungen, für welche das bekämpfte Schema in der Tat vor anderen zu passen scheint. — Dennoch werde ich vom Widerspruch noch nicht lassen. Mit meinen Gegnern komme ich darin überein, eine gewisse Gleichstellung dieser Rechte an immateriellen Grössen, wie ich sie einstweilen nennen will, mit den dinglichen Rechten geboten zu achten; wir gehn auseinander, indem jene ihre Theorie von den neuen auf die

alten Gebilde zurückübertragen, ich umgekehrt die Theorie der dinglichen Rechte auch auf die neuen anwenden möchte. Daraus ergeben sich neben den Rechten an körperlichen, Rechte an unkörperlichen Sachen. Der Name res incorporalis ist schon den Römern geläufig, der Begriff aber den sie damit verbunden, von ihnen selber und desgleichen von den modernen Romanisten so wenig praktisch ausgenuzt, dass wir voll befugt sind denselben unter die Antiquitäten zu werfen.

Sonach wäre der Ausdruck „unkörperliche Sache“ frei verwendbar, und es würde nur darauf ankommen, den mit ihm zu verbindenden neuen Begriff für Theorie und Praxis brauchbar auszudenken und abzugrenzen. Diese Arbeit ist wol schon unternommen doch noch nicht vollendet, die Aufgabe ist schwierig aber sicher nicht unlösbar.

All unsere „unkörperlichen Sachen“ haben eine wirkliche Existenz, in der Zeit wenigstens. Man kann genau angeben wann dieselben (für uns) dazusein beginnen, und wann dieselben (für uns) dazusein aufhören, nämlich wann das lezte Gedächtnis (in uns) verklungen und die lezte Spur derselben ausser uns verwischt ist. Das gilt für Dichtungen Tonwerke Lehrsätze, industrielle Erfindungen u. s. w. u. s. w. allesammt. Ueberall handelt es sich um etwas Gefundenes, mit mehr oder weniger Arbeit, immerhin durch menschliche Tätigkeit Gefundenes. Das Gefundene mehrt den Bestand der menschlichen Güter, wenn nicht das Haben doch das Können. Bedingung dieses Könnens ist das Wissen um das Gefundene. Das Wissen hat zuerst der Finder selber, er kann es mitteilen, er schafft Andern damit tatsächlich dasselbe Können, das gleiche Gut. Das moderne Recht lässt dem Finder und dem der etwa an seine Stelle getreten wäre die volle Ausnutzung des Gefundenen, es beschränkt die Andern denen das Wissen mitgeteilt und damit auch das Können gegeben wäre, in der Betätigung desselben bald mehr bald weniger, vorwiegend da wo das gleiche Tun der Andern dem eigenen Tun des Finders seinen pekuniären Erfolg nehmen oder

schmälern würde. Der Finder erscheint somit als Herr des von ihm gefundenen Wissens, dieser Regel des Tuns; er selber darf sie beliebig anwenden, Dritte die dasselbe wider seinen Willen täten würden damit seine ausschliesslichen Beziehungen zu der Regel verletzen und müssten demnächst wie andere Rechtsverletzer der rechtlichen Ahndung unterliegen.

Das sind Ansätze zu dem Bilde der unkörperlichen Sache das wir brauchen. Mag sein dass dasselbe sich bald vervollständigen lässt. Einstweilen trage ich kein Bedenken eine Differenz zwischen dem Römischen und dem modernen Deutschen Rechte dergestalt anzunehmen: nach R. R. haben alle Vermögensrechte greifbare (körperliche) Objekte, Sachen oder Menschen; das heutige Recht kennt Vermögensrechte auch an ungreifbaren Objekten, unkörperlichen Sachen, Regeln irgend einer Herstellung und Bezeichnungen des Hergestellten.

V.

Thon versucht jezt noch eine andere Zerstückelung des Rechtsbegriffs. Insonderheit glaubt er bewiesen zu haben, „dass die Befugnis über die einzelnen Rechte zu verfügen, nicht zu dem Inhalte dieser Rechte gezält werden darf“ a. a. O. S. 335. Kann sein, dass der Satz selber nicht gleich Jedem gefällt: denken wir uns z. B. Geld als Gegenstand des fraglichen Rechts, was nüzt Eigentum am Gelde wenn damit die Befugnis zur Veräusserung nicht zusammengeht? und müssten wir also diese Befugnis und das Thonsche Eigentum konsequent auseinanderdenken, so würden voraussichtlich Viele die Befugnis für die wichtigere, wertvollere, und darum auch eines besondern Namens würdigere Hälfte halten.

Noch schlimmer steht es mit der Beweisfürung:

> Die Veräusserung seitens des Eigentümers überträgt das Eigentum. Das leztere ist mithin das Objekt der Veräusserung: danach kann die Macht, die das Eigentum überträgt, nicht ein Bestandteil desselben sein. . . . . (S. 327).

Unangenehm berürt zunächst die auch im folgenden herrschende Verwirrung der zwei Begriffe, „Veräusserung“ und „Uebertragung“ [4]). Es ist einfach nicht wahr, dass „die Veräusserung .... überträgt“. In jeder Uebertragung steckt eine Veräusserung, aber in der Uebertragung steckt auch noch ein zweites je nach der Art der Uebertragung verschiedenes Element, ein anderes in der gemeinen als in der konstitutiven Uebertragung, ein anderes in der lediglich zur Ausübung als in der zum eignen Recht des Nachfolgers u. s. w. Andererseits kann die Veräusserung auch one Uebertragung für sich allein stehn. Schlüssig wäre nur: gehört die Veräusserung nicht zum Inhalte des subjektiven Rechts, insbesondere des Eigentums, so kann auch die Uebertragung nicht dahineingehören; wogegen das Draussenliegen der Uebertragung für ein gleiches Verhalten der Veräusserung nichts zu beweisen vermag.

Weiter argumentirt Thon:

> Das was übertragen wird [das Eigentum], kann nicht zugleich das sein was überträgt. Ich vermag einen Stein eine Strecke weit zu werfen, aber niemand wird sagen, dass mir der Stein erst die Kraft zum Werfen verlieh. Die Kraft war vordem da .... Ein Objekt war freilich zum Wurfe erforderlich .... auch

---

[4]) Zur Uebertragung gehört regelmässig die Tätigkeit, das Können und Wollen zweier Personen. Schon deshalb empfielt sich nicht vom Uebertragungs- sondern lieber vom Veräusserungsrecht zu reden, wenn gleich die nutzbringende Uebung dieses Rechts meist in der Herbeifürung einer Uebertragung bestehn wird.

Beiläufig mag noch daran erinnert werden, dass der gewönliche Sprachgebrauch „Uebertragung“ von Rechten nur da annimmt wo das Recht des Vorgängers mit dem des Nachfolgers als identisch gilt, mithin ausschliesst von dieser Bezeichnung die Fälle des konstitutiven Erwerbs besser der „konstitutiven Uebertragung“, und diejenigen wo das objektive Recht auch bei gleichem Umfange der Rechte des Vorgängers und des Nachfolgers eine Identität derselben nicht annimmt.

musste das Objekt ein taugliches sein .... ist aber die Vorbedingung des tauglichen Objekts vorhanden, so ist es doch die im Menschen wonende Kraft allein, welche die Bewegung des Steines hervorruft ....

Nicht anders verhält es sich mit der Uebertragung von Rechten. Freilich muss ein Recht vorhanden sein .... auch muss das Recht veräusserlich sein .... ist aber ein veräusserliches Recht vorhanden, so kann es von seinem Träger übertragen werden — kraft der ihm selbst gegebenen, nicht kraft der seinem Rechte innewonenden Macht.

Aber verhält sich dies denn bei irgend welcher Rechtsübung anders? gibt es eine solche die nicht Betätigung des eigenen Könnens und Wollens des Berechtigten, „der ihm selbst gegebenen Macht“ wäre, die „kraft der seinem Rechte innewonenden Macht“ one sein Zutun sich vollzöge? Also ganz im Gegensatze zu der Behauptung, dass die Uebertragung, namentlich auch die Cession der Forderung, keine Rechtsübung oder Rechtsausübung sei (vgl. besonders S. 327), fürt diese Deduktion lediglich zu der Wahrnehmung, dass „die Uebertragung von Rechten“ wenigstens in einer Beziehung sich gerade ebenso verhält, wie überhaupt jede Rechtsausübung sich verhalten muss. — Uebrigens scheint Th. auch in dem gewälten Vergleiche sich vergriffen zu haben. Das Eigentum, wenn auch von den Römern zu ihrem und unserem Schaden zuweilen „res“ geheissen, ist doch keine Sache, sondern das Verhältnis einer Person zu einer Sache. Es wäre also nicht mit dem Steine sondern mit dem fysischen Verhältnis des Werfenden zu dem Steine zu vergleichen gewesen. Das Werfen, ebenso jede andere Bewegung des Steines ist one die eigne Kraft des Werfenden unmöglich, ebenso unmöglich ist es one das äussere Gewaltsverhältnis in dem der Werfende zu diesem Steine gestanden; es stellt sich dar gleichsam als Produkt dieser beiden Faktoren. Darf man nun irgend eine gewollte Bewegung, die der Gewaltige kraft seines fysischen

Verhältnisses zu dem Steine mit demselben vornimmt, als Ausübung oder Betätigung dieser Gewalt über den Stein bezeichnen, so wird man auch das die äussere Trennung und damit zugleich die Aufhebung des fysischen Gewaltsverhältnisses bedingende Loslassen des Steines, wie solches zu jedem Werfen erforderlich ist, wo dasselbe willentlich geschieht, mit demselben Namen belegen müssen. Denn wo läge die wesentliche Verschiedenheit? Die Ausübung wäre hier zugleich Aufhebung, die Aufhebung Ausübung desselben Gewaltsverhältnisses. In der Macht selber liegt auch die Möglichkeit sie aufzugeben. Und das will uns auch gar nicht verwunderlich bedünken, da wir ganz gewis wissen, dass wer die Macht nicht hätte, sie auch nicht aufgeben könnte: ein Schelm wer mehr als er hat gibt.

Nicht glücklicher ist dann die Argumentation aus einigen rechtlichen Spezialitäten. Thon beruft sich zuerst (S. 323) auf den Fall eines Verschwenders. Demselben werde

> die Disposition über sein Vermögen entzogen. Trotzdem bleiben ihm seine Rechte ungeschmälert, er behält sein Eigentum wie seine Forderungsrechte und ebenso die Fähigkeit fernerhin zu erwerben. Das was ihm genommen wird ist nur die rechtliche Macht über das Seine zu verfügen. Oder wird etwa seinem gegenwärtigen Eigentum ein Teil seines Inhalts entzogen.

Seltsam dass nur der Verschwender, und daneben nicht auch all die andern rechtlich ihm Gleichstehenden, Unmündige, Wahnsinnige u. s. w. angefürt werden. Freilich würde mit der Anfürung aller gerade so wenig wie mit der des Einen Verschwenders zu beweisen sein. Jede konkrete Rechtsübung fordert zweierlei: Dasein eines Rechts, und Wollen eines zur Ausübung dieses Rechts Berufenen. Wollen, rechtlich wirksam wollen kann aber bekanntlich nur der Handlungsfähige; das objektive Recht entscheidet wer handlungsfähig wer nicht, und zwar spricht es dem Einen die Fähigkeit zu jedem rechtlichen Wollen, Andern nur die zu einzelnen Arten dieses

Wollens ab. Wo nun der zur Rechtsausübung Berufene der Handlungsfähigkeit ganz ermangelt, muss einstweilen, bis anders Rat geschafft wird, die Rechtsausübung ganz ruhen; bei partieller Handlungsunfähigkeit cessirt nur ein entsprechender Teil der Uebung. Befugnisse die vom Verschwender oder Unmündigen nicht geübt werden dürfen, darum für ausserhalb des Inhalts des Eigentums Liegendes zu erklären, ist um nichts besser als den Inhalt des Eigentums darum ganz zu leugnen, weil dasselbe doch den Infans und den Wahnsinnigen zu keinerlei Rechtsübung befähige. — Thon kommt dann auf den Vormund,

> der die Befugnis hat, wenn auch gegenwärtig nur noch in sehr beschränkter Weise, über das Vermögen seines Mündels zu verfügen, one doch damit auch nur zum Teil Eigentümer des Mündelsgutes zu sein.

Wieder könnte man fragen, warum nur die Vormünder angefürt werden? wärend allerlei Kuratoren, Prokuratoren, Direktoren von Zweckvermögen u. s. w. mit diesen in ganz derselben Lage sich befinden; und besonders die Pfandgläubiger beweistüchtig hätten erscheinen können, da ihnen häufig nichts als das blosse Veräusserungsrecht zusteht. Aber Th. erkennt selber, dass von hieraus nicht viel zu machen ist, „man wird sich bei der Annahme beruhigen, dass der Vormund das Mündeleigentum ausübt“.

> Auch dieser Ausweg wird aber in den Fällen verlegt, wo von Vertretung nicht mehr die Rede sein kann. Nach Handelsrecht „erlangt der redliche Erwerber das Eigentum auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war“; bei Papieren auf den Inhaber ganz unbeschränkt, bei sonstigen Waaren nur unter gewissen weiteren Voraussetzungen HGB. 306, 307.

Es bleibt übersehen, dass hier eine Eigentumserwerbsart vorliegt, die, ganz ebenso wie die Usukapion, dem Gebiete des originären Erwerbs näher steht als dem des derivativen. Der Usukapient und der redliche Erwerber nach dem Handelsgesetzbuch

erwerben das Eigentum durch ihr eigenes Verhalten und Tun. Der, mit dem sie das Erwerbsgeschäft abschliessen, gibt ihnen nicht das Recht, das sie erhalten, das er nicht hat und das zu geben auch sonst er nicht befugt ist, sondern er gibt ihnen nur die Gelegenheit zum gutgläubigen Zugreifen. Dass der Eine unmittelbar durch das Zugreifen Eigentümer wird, der Andere danach noch Jare lang im Besitze sich behaupten muss, ist ein Unterschied von untergeordneter Bedeutung in Beziehung auf die Frage, ob derivativ oder originär. Auch haben Römisches und gemeines Recht noch andere Fälle, wo unmittelbar mit dem ersten Tun des Erwerbers der Rechtserwerb sich vollzieht. Das den Römern bekannte dingliche Recht (bonae fidei possessio), das die a. Publiciana in ihrer neueren Anwendung schüzt, erwirbt man durch blosses Zugreifen, und auch one Unterschied ob der welcher die Sache uns übergibt selber Publicianisch-Berechtigter war oder nicht (oder wird die probatio diabolica auch bei der Publicianischen Klage erfordert?); Eigentum an fremden Geldstücken aber erwerben wir durch Vermengung derselben mit unsern eigenen. Ueberall juristisch dieselbe Struktur: die Handlungen des Erwerbers schaffen diesem das Eigentum; wegen der ausschliesslichen Natur dieses Rechts erlischt damit zugleich das Eigentum des früheren Herrn. Wie wenig auf die Person ankommt, die dem Erwerber die Gelegenheit zum Erwerbe schafft, zeigt sich am klarsten bei dem Gelderwerb durch Vermengung.

Endlich werden noch ein paar Fälle aus dem Römischen Recht ins Feld gefürt:

> Fälle in denen die Macht Eigentum zu übertragen losgelöst von lezterem zur Erscheinung kommt. Am lehrreichsten hiefür ist das Vorrecht des Regenten und seiner Gemalin durch Veräusserung auch ihnen nicht gehöriger Sachen dem Erwerber Eigentum zu verschaffen. . . . . Kraft dessen was sie sind steht ihnen die Macht zu, nicht erst kraft eines Rechtes an der

Sache die sie übertragen. Zeigt sich hier diese rechtliche Macht als eine selbständige, nicht erst durch das Eigentum an der Sache gewärte, so ist um so weniger Grund vorhanden in den übrigen Fällen das Eigentum als die Quelle der Uebertragungsbefugnis anzusehen.

Seltsame Folgerung. Wenn in einem Falle ein evident singuläres Gesetz einem Nichteigentümer die „Uebertragungsbefugnis“ gibt, und wenn in andern Fällen änliche Gesetze (ich denke an die Veräusserungsverbote die Thon nicht mitherangezogen hat) dem Eigentümer dieselbe Befugnis nehmen, so folgt daraus unweigerlich, dass die Verbindung der Uebertragungsbefugnis mit all den andern dem Eigentümer als solchem zuständigen, in ihrer Gesammtheit den Inhalt des Eigentums bildenden „Befugnissen“ keine unlösbare ist. Aber wer hätte auch die Lösbarkeit geleugnet? und was beweist diese für den Satz, dass die „Uebertragungsbefugnis“, wo sie dem Eigentümer zustehe, doch nicht als Stück des Eigentumsinhalts erfasst werden dürfte? Könnten nicht andere Stücke des echten, auch von Thon nicht zu leugnenden Eigentumsinhalts, dem Eigentümer gleichfalls durch singuläre Rechtsvorschrift entzogen, oder durch Kaisergesetz irgend einem Nichteigentümer als Spezialrechte verliehen werden?

VI.

Die Ausfürlichkeit dieser Polemik mag darum verziehen werden, weil bei Thon hinter dem was er sagt ein doch wol gesunder Gedanke liegt. Man kann zugeben, dass die Veräusserung eines Rechts, speziell des Eigentums, eine von andern Uebungen desselben Rechtes wesentlich verschiedene Uebung ist. Das würde sich auch dem gemeinen Manne plausibel machen lassen: entweder du nützest dein Recht je nach seinem Inhalt aus, tust was du darfst, bewonst dein Haus, ziehst die Früchte des Feldes, lässest deinen Schuldner an dich zalen; oder du suchst den Vorteil vielmehr daraus,

dass du dein Recht fortgibst, für irgend ein Aequivalent an dem dir mehr gelegen, eventuell als Geschenk oder sonst (z. B. durch Stiftung) um dir eine moralische Befriedigung zu schaffen.

Verstehen lässt sich die wesentliche Verschiedenheit der Veräusserung von anderer Rechtsübung, wenn wir den Rechtsbegriff in zwei Elemente scheiden, und das „Recht an sich" oder den „Bestand" des Rechts, der „Zuständigkeit" desselben „der Beziehung zum Rechtssubjekt" gegenüberstellen. Der Römischen Doktrin ist diese Begriffszerlegung bekanntlich fremd; in neuerer Zeit scheint sie Manchen[5]) zu gefallen, Manchen ebenso entschieden zu misfallen. Von unserm, der Annahme absolutes Rechtes und aller Konsequenzen desselben entgegengesezten Standpunkte aus, müssen wir die Scheidung für zulässig, bestimmten örtlich und zeitlich zu begrenzenden Rechtserscheinungen entsprechend, und in diesem Sinne für geboten erklären. Beide Extreme sind danach zu verwerfen: dass diese Sonderung der Rechtselemente als eine von der Natur gebotene in Beziehung auf alle Rechte mit Erfolg durchzufüren; und ganz ebenso, dass dieselbe als eine von der Natur verbotene, das denken von undenkbarem fordernde, zu verwerfen sei.

Gelegenheit zur Unterscheidung von „Bestand" und „Zuständigkeit" geben schon die Gestaltungen des Römischen Rechts in Hülle und Fülle, die des heutigen noch mehr:

1) Succession. In einer Reihe von Fällen statuirt die eine wie die andere Rechtsordnung, dass aus einem Rechte des A ein Recht des B werde, one dass darum die Identität des Rechts aufhöre (Singularsuccession in Eigentum und einige andere dingliche Rechte, Universalsuccession in dieselben und in die Obligationen). Offenbar verhält sich nun das (neue)

---

[5]) z. B. Bähr dessen „Eigentum" an Forderungen (Jahrb. f. Dogm. I 401 f.) dem was uns Zuständigkeit des Forderungsrechtes heisst sehr nahe kommt.

Recht des B in manchen Beziehungen ebenso wie das (alte) des A, in andern Beziehungen anders; den Inbegriff der bleibenden Elemente bezeichnen wir als „Bestand“, den der wechselnden als „Zuständigkeit“ des Rechts. Im „Bestande“ liegt also vorzugsweise die Wirksamkeit und Bedeutung des Rechts gegenüber dem Rechtsobjekte und gegenüber Dritten; die „Zuständigkeit“ aber bestimmt die Person, deren Wille für die Rechtsübung massgebend ist (Disposition), und die welcher die Vorteile der Rechtsübung zu gute kommen (Genuss).

2) Bestand von Rechten one Zuständigkeit kennt schon die Römische Rechtsordnung bei der hereditas iacens[6]), und hier war schon die Römische Doktrin auf dem Wege zu unserer Scheidung zu gelangen. Auch bei vielen andern einer Zwecksatzung unterstellten Rechten ist der Rechtsbestand durchaus normal, will sagen ganz ebenso, wie wenn dasselbe Recht der Zwecksatzung nicht unterstellt wäre; nur die in die Zuständigkeit fallenden Beziehungen unterliegen der mit der Zwecksatzung eingefürten besonderen Ordnung.

3) Communio. Beim Miteigentum und diesem verwanten Gebilden ist das Recht (Eigentum) selber, das in der Gemeinschaft steht, um nichts stärker oder schwächer als es ausserhalb derselben sein würde; einigen sich die Miteigentümer, so können sie alle zusammen gerade so viel und so wenig wie andernfalls ein Alleineigentümer. Der „Bestand“ des Rechts bleibt auch hier unverändert, die „Zuständigkeit“ aber ist eine andere als beim Alleinrecht; Disposition und Genuss die bei diesem Einem allein zukommen, stehen bei dem Mitrecht Mehren nebeneinander zu, mit arithmetischer Teilung. Und wie es scheint ist diese arithmetische Teilung der Zuständigkeit keineswegs die einzig zulässige; man denke an die Teilungen der Zuständigkeit bei Dotalrechten zwischen Mann und Frau, bei Pekuliarrechten zwischen Gewalthaber

---

[6]) Vgl. A. Pernice, Labeo I 358 f.

und Unterworfenem, bei allerlei Familiengutsrechten zwischen der Familie und dem gegenwärtigen Besitzer, bei den Aktiengesellschaftsrechten zwischen der Gesellschaft und den Aktionären u. s. w., u. s. w.

4) Klarer wird die Spaltung der „Zuständigkeit" auf den ersten Blick sich erweisen bei Vertretungsverhältnissen. Das Recht des Mündels und Kuranden büsst nichts von seinem „Bestande" ein; nur die „Zuständigkeit" ist besonders geordnet. Diese Besonderheit mag kurz als Auseinanderlegung von Disposition und Genuss zu bezeichnen sein, man wird sich aber leicht überzeugen, dass auch hier ein grösserer Formenreichtum besteht, der die ganze Masse dieser Verhältnisse in Ein Fach einzustellen wehrt. Z. B. kann bei der Vertretung die aus dem eigenen Willen des Vertretenen geflossen ist, von diesem die Machtsbefugnis des Vertreters beliebig umschränkt sein; ferner kann der Vertreter auch in rem suam bestellt werden, also Disposition und Genuss, aber darum doch nicht die volle Zuständigkeit des Rechts erhalten u. s. w.

5) Bei den Vertretungsverhältnissen zeigt sich noch, dass die Zuständigkeit auch eine mittelbare, im Gegensatz zur gemeinen unmittelbaren sein kann. Der Vormund, und wer ihm gleichsteht, hat die Disposition über das Recht nur weil er Vormund und nur so lange er Vormund ist. Dieselbe Erscheinung mittelbarer Zuständigkeit kommt auch jenseits des Gebiets der Vertretungen vor: an dem Gute können Rechte, Prädialservituten und andere haften, die der Eigentümer oder sonst Berechtigte, nur wegen seines Rechtes an der Sache zu üben befugt ist; die Rechte, die an Inhaberpapiere gebunden sind, haften unmittelbar an diesen, das Papier ist das Medium, das die Zuständigkeit an eine Person knüpft. Mit dem Papier wäre daher die Zuständigkeit des Rechts selber verloren. Die Inhaberpapiere machen auch den blossen „Bestand", one jede „Zuständigkeit" schon anschaulich. Man denke an wirkliche Dereliktion, kein blosses Verlieren eines solchen Papieres: das

Recht besteht für sich weiter, eventuell mit Accessionen, Pfand- und Zinsrechten, es steht einstweilen Niemand zu, die Zuständigkeit aber könnte in jedem Augenblicke durch Occupation neu begründet werden.

6) Bei jeder Zuwendung (gemeine Uebertragung, konstitutive Uebertragung, Erlass) wird ein Recht aus dem Kreise eines Vermögens in dem eines andern bewegt; der Bestand bleibt, die Zuständigkeit wechselt. Für die gemeine Uebertragung ist dies schon zu 1) bemerkt. Bei der konstitutiven schafft erst der Vorgänger aus seinem weiteren Rechte ein engeres, das danach auf den Nachfolger übertragen wird. Bei dem Erlass findet Rückübertragung statt auf den, von dem die Konstituirung ausgegangen, und mit dem Rückeintritt in dessen Vermögen confusio, in Folge deren Erlöschen angenommen wird.

7) Bei ungültigen Geschäften, anfechtbaren und s. g. nichtigen, wie z. B. Geschenke unter Ehegatten, bleibt häufig der Bestand des Rechtes, auf den das Geschäft sich bezieht, durchaus unberürt, und nur die Zuständigkeitsverhältnisse gewinnen besondere Gestalt. Und zwar ergibt sich für diese eine Art der Schwebe: eine Uebertragung hat begonnen, und ist unvollendet geblieben; ob sie je vollendet werden wird, weiss zur Zeit niemand, es hängt das von zukünftigen, augenblicklich nicht zu berechnenden Ereignissen ab; wird der Schenker one Revokation versterben? Ein ähnlicher Schwebezustand der Zuständigkeit könnte aber auch aus dem Willen der kontrahirenden Parteien, z. B. durch Zufügung einer Bedingung herbeigefürt sein.

Dass die Scheidung von Bestand und Zuständigkeit des Rechts also nicht wegen Fehlen des Materials, auf das sie sich anwenden liesse, unfruchtbar sein würde, dürfte hiemit erwiesen sein. Vollständig ist die obige Aufzälung sicherlich nicht; daher mag ausdrücklich bemerkt werden, dass die Römischen Correalobligationen derselben keineswegs aus Vergesslichkeit fern gehalten sind. Auch der Gegensatz von „res qua

de agitur“ und „actio“ ist nicht mit dem hier behandelten zu verwirren.

Absichtlich (weil mit kurzem nicht zu erledigen) unterlasse ich auch die genauere Definition, so wie die Entwickelung der aus dieser Scheidung zu ziehenden Konsequenzen. Nur ganz beiläufig, um die Brauchbarkeit derselben wenigstens an einem Beispiele zu zeigen, mag darauf verwiesen werden, dass überall wo wir mittelbare Zuständigkeit annehmen, bei etwaiger gerichtlicher Verfolgung des fraglichen Rechts ein doppelter Beweis zu füren ist, der in gleicher Weise bei den Fällen der unmittelbaren Zuständigkeit unerhört wäre: der Vormund muss beweisen, erstens dass das zu verfolgende Recht seinem Mündel zusteht, zweitens dass er selber Vormund und darum diese Geltendmachung der Mündelrechte ihm zuständig ist; wer ein ius praedii verfolgt, dass das Recht dem Grundstück, und ihm selber wieder das erforderliche Recht am Grundstücke zusteht; u. s. w.

Um schliesslich noch die Differenz meiner Auffassung von der Thonschen zu präzisiren: ich gebe zu, dass die Uebung der Veräusserungsbefugnis als eine von der Uebung jeder andern im Inhalt eines Rechts belegenen Befugnis wesentlich verschiedene anzunehmen sei, bestreite aber dass die Veräusserungsbefugnis selber darum aus dem Inhalte des Rechts hinausverwiesen werden müsse, vielmehr betrachte ich die Zuständigkeit aus der allein die Veräusserungsmöglichkeit fliesst, und den Bestand des Rechts in den ich die übrigen Befugnisse der Berechtigten setze, als die beiden unter normalen Verhältnissen zu einander gehörigen und sich gegenseitig ergänzenden Stücke eines subjektiven Rechts.

VII.

Soviel von dem Rechte überhaupt. Dinglich heissen wir, mit Andern (vgl. Böcking Pand. II § 133, auch Windscheid Pand. I § 40) diejenigen Rechte, deren Objekt eine Sache, oder genauer, deren Objekt eine körperliche Sache ist.

Denn die Rechte an unkörperlichen scheinen uns denen an körperlichen Sachen zwar, wie vorher bemerkt, änlich doch keineswegs gleich zu sein.

Windscheid a. a. O. (§ 40, § 137) definirt Sache als „ein [einzelnes] Stück der vernunftlosen Natur [= der nicht mit Vernunft begabten Aussenwelt]" — „Ein Stück". Damit werden wir auf die Fragen gewiesen, wie diese Einheit zu bestimmen sei, räumlich und zeitlich; beide müssen als zu weit fürend hier beiseit gelassen werden. „Stück der vernunftlosen Natur": ich will ausdrücklich anerkennen, dass die Verleugnung der Sklaven als res mir in einem modernen Pandektenwerk ganz gerecht erscheint, und nicht diskutiren, ob der gewälte Ausdruck zur Bezeichnung des Greif- und Fülbaren Körperlichen Materiellen besonders glücklich ist; ein anderer Widerspruch aber scheint geboten.

Wir betrachten die Sachen als Objekte der Menschen zuständigen Rechte, ein Recht aber kann der Mensch sich nur zuschreiben an dem was irgend wie von seinem Willen abhängt. Für den Juristen geht das Gebiet des Sachstoffs, aus dem die einzelne Sache gebildet sein muss, nicht weiter als das Gebiet unserer fysischen Gewalt, unseres jeweiligen Einwirkungskreises. Körper die wir tatsächlich beherrschen können sind Sachen, aber Sonne Mond und Sterne, und viele andere körperliche und vernunftlose Dinge sind keine Sachen im Rechtssinne. Wol ist richtig, dass „die Sachen bestimmt sind der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen", aber nicht alles was dieser Befriedigung dient, ist darum Sache.

Dass tatsächlich Rechte nur an fysisch beherrschbaren Sachen vorkommen, darüber wird kein Streit sein. Die Begrenztheit des Sachstoffs aber in die juristische Definition aufzunehmen, empfielt sich aus verschiedenen Gründen. Damit werden manchen Rechten brauchbare Schranken gesezt: z. B. räumen wir dem Herrn von Grund und Boden die Herrschaft ein auch über den Luftraum auf dem Boden, und über das Erdinnere unter demselben, aber beides vernünftiger

Weise nicht bis ins Unendliche. Zugleich ist der Hinweis zweckmässig, dass das Gebiet der Sachen kein für alle Zeiten fest abgeschlossenes ist, vielmehr im natürlichen Zusammenhange mit dem menschlichen Wissen und Können wachsen und jenachdem auch wieder abnehmen muss.

Ferner empfielt sich die engere Definition zum anschaulicheren Aufbau der Lehre von den Rechtsverhältnissen der sog. res extra commercium. In zwei Richtungen hat diese Lehre in neuester Zeit erfreuliche Förderung erfaren, zur besseren Unterscheidung der Arten, und zur Erkenntnis des in ihr enthaltenen positiven Elements: r. e. c. sind keineswegs jedem Verkehre, sondern nur dem regelmässigen Verkehre entzogene Sachen, es sind nur gewisse nicht alle Rechte an ihnen ausgeschlossen, und uns interessiren die bei ihnen noch zulässigen Rechte mehr als die ausgeschlossenen.

Heissen wir nun Sachen im Rechtssinne nur diejenigen, über die nach dem jemaligen Stande der Kultur als faktisch beherrschbar erscheinen, so erhellt sofort, dass die sog. res communes omnium dem Begriff der Sache nicht voll entsprechen; denn tatsächlich haben wir auch heut zu Tage nur beschränkte Herrschaft über Meere und Meeresküsten, das fliessende Wasser und die wehende Luft. Soweit diese unsere tatsächliche Herrschaft reicht, sind diese Dinge Sachen, dingliche Rechte an ihnen wie an andern Sachen zulässig. Auch Wasser (z. B. das der Flussschiffer in die angeborten Fässer füllt und mit dem darin verbliebenen Weine mischt) und Luft (z. B. die zu chemischen Experimenten benuzte) können in echtes Privateigentum kommen; und darin verbleiben so lange wie wir sie eben festzuhalten verstehn.

Im Gegensatze zu diesen stehen die Sachen, deren natürliche Beschaffenheit eine volle tatsächliche Beherrschung gestattet, und die lediglich durch Satzung, öffentliche oder private Satzung, dem gemeinen Verkehr entzogen sind. Eine durchgehende Verschiedenheit zeigt sich darin, dass diese Sachen stets durch den entgegengesezten öffentlichen oder

privaten Rechtsakt („Entsatzung“? — Beispiel: konsekrirte Sachen durch Profanation) dem gemeinen Verkehr wiedergegeben werden können. So lange aber diese Sachen unter der Satzung stehen, können Rechte an ihnen nur bestehen, und also auch Rechtsgeschäfte in Beziehung auf sie gültig abgeschlossen werden nur, nach Massgabe der sie beherrschenden Satzung. Genauer: die Satzung kann gewisse Rechte selber ins Leben rufen; sie kann andere Rechte, so zu sagen neben sich, bestehen lassen. Beispiele der ersten Art: die Satzung gibt Jedermann, oder vielleicht nur den Gliedern dieser Gemeinde, oder vielleicht nur gewissen Gemeindegliedern das Recht den Platz, die Strasse, einen Park, eine Sammlung, so und so zu benutzen. Die neben eer Satzung stehenden Rechte aber können bald den Charakter eines ruhenden oder sonst beschränkten Eigentums tragen, das vornemlich nach dem späteren Wegfall der Satzung einmal sich geltend zu machen berufen sein würde; oder sie erscheinen als gegenwärtige Nutzungsrechte, deren Uebung mit der Durchfürung der Satzung nicht kollidirt, z. B. auf Bezug der Grasnutzung von den Festungswerken, der Früchte von den den Landstrassen zugehörigen Obstbäumen.

Zwischen beide bisher genannte tritt dann noch eine dritte Gruppe der res e. c., deren natürliche Beschaffenheit sie schon einigermassen der normalen Beherrschung durch Privatwillen entzieht (grössere Flüsse, Häfen und anderes der Art), und die zudem noch besondern meist öffentlichen Satzungen unterstellt sind. Die Konstruktion des für diese Sachen geltenden objektiven Rechts beruht auf einer Verbindung der Grundsätze, welche für die beiden andern Klassen der r. e. c. entwickelt sind.

VIII.

Geht man von dem angegebenen Begriffe der Sache aus, so ist es verhältnismässig leicht zu einem brauchbaren Begriff des dinglichen Rechts zu gelangen.

Da im Menschen der Trieb liegt, die ihn umgebende Natur soweit wie er dazu tatsächlich vermögend ist nach seinem Willen zu bewegen, so nehmen wir an, dass die Sachen da seien um von uns beherrscht zu werden.

Da ferner im Menschen ebenso liegt der Trieb zur Vereinigung mit seinesgleichen, der schliesslich gipfelt in der Herstellung von Staaten, und mit diesem Triebe aufs innigste verwachsen (wenn überhaupt von demselben zu unterscheiden) ist der Trieb zur Ordnung dieser Vereinigungen, der gipfelt in der Herstellung echtes Rechtes (vgl. diese Zschr. I 107 f.), so kann uns auch die Ausgleichung des Herrschaftstriebes mit dem Rechts- und Staatsbildungstriebe nur natürlich scheinen. Der Einzelne anerkennt der Gesammtheit massgebendes Urteil über die Geltendmachung seines persönlichen Herrschaftstriebes; andererseits anerkennt die Gesammtheit jede Betätigung des Herrschaftstriebes im Einzelnen, bei der die von ihr (der Gesammtheit) gezogenen Schranken respektirt werden, als eine normale ihrem eigenen Wollen (dem objektiven Rechte) konforme, und sie geht von der Anerkennung auch zum Schutze der Privatherrschaften über, sobald ihre eigene Organisation ein handelndes Vorgehn überhaupt gestattet, in all den Fällen wo der Gesammtschutz als unentbehrlich oder doch nützlich angesehn wird.

Also Gewalt des Einzelnen über die Sache, die von Staats (Staat als Repräsentant aller Gesammtheiten gesezt) wegen anerkannt, und nach Umständen und Verhältnissen geschüzt wird.

Erheblich schwerer wird uns Uebersicht zu gewinnen über die einzelnen Rechte die dem angegebenen Begriffe entsprechen, sobald wir nicht blos auf die Rechtsordnung Eines Volkes zu Einer Zeit uns beschränken, sondern alle bereits einigermassen bekannten Gebilde der Art zusammen zu fassen suchen. Der enge Ramen eines Zeitschriftbeitrags reicht dafür nicht aus, und die weitere Aufgabe, zu bestimmen welche von diesen dinglichen Rechten der bekannten

Völker und Zeiten einem allen gemeinsamen Begriffe des Eigentums zu unterstellen, und wie dieser Begriff gegenüber dem der andern dinglichen Rechte abzuschliessen sei, entschwindet damit unsern Blicken völlig.

Nur ein Spezialproblem soll uns hier noch beschäftigen: das Bestehen der Rechte an eigener Sache von dem eingenommenen Standpunkte aus fasslich zu machen.

Dazu einige Vorbemerkungen. Es ist vorher ausgefürt, wie sich empfele „Bestand" und „Zuständigkeit" der Rechte auseinanderzudenken; das Miteigentum und verwante Erscheinungen bei andern dinglichen Rechten gaben ein Beispiel ungeteiltes Bestandes und geteilter Zuständigkeit. Aber dabei ward auch schon (V 3,) angedeutet, dass wir keineswegs gezwungen seien, die arithmetische als die einzig zulässige Teilung der Zuständigkeit zu erfassen, und dass man beispielsweise auch bei in dote oder in peculio befindlichen Rechten wol behaupten könne, dass der Bestand dieser Rechte der normale und nur die Zuständigkeit eine in besonderer Weise geordnete, geteilte sei. Wie weit es zweckmässig ist, diesem Gedanken nachzugehen, kann hier nicht festgestellt werden; nur vor einem Excess ist zu warnen. Vor der Aufstellung nämlich, dass an jeder Sache es nur Ein Recht, Einen Rechtsbestand gäbe, die Herrschaft über die Sache; dass aber betreffs der Zuständigkeit dieser Herrschaft die buntesten Varietäten bestünden, indem die Herrschaft erstlich Beschränkungen (bald mehren bald wenigeren) unterliegen, zweitens bald Einem bald Mehren zukommen könne, und zwar Mehren bald zu einander gleichartigen Teilen, bald zu beliebigen je nach Bedürfnis geformten Stücken, u. s. w. An der Sache also, an der nach alten Begriffen A das Eigentum, B die Emfyteuse, C bis E Servituten, F bis K Pfandrechte hätten, an der bestünde nach dieser neuen Lehre nur Eine Herrschaft, Ein Recht, dessen Zuständigkeit und zugleich Ausübung unter all die genannten Personen, A bis K geteilt wäre, aber keineswegs zu gleichen Teilen. Meines Erachtens ist die Unterscheidung festzuhalten,

zwischen den Fällen wo an einer Sache nur Ein Recht mit beliebig verteilter Zuständigkeit besteht, und denjenigen wo an derselben Sache mehre, auch dem Bestande nach auseinanderzuhaltende Rechte da sind. Das Kennzeichen dieser Unterscheidung: die Tätigkeit eines von mehren Mitbeteiligten an nur einem Rechte schliesst den Untergang des Bestandes dieses Rechts durch Verjärung im Interesse aller Mitbeteiligten aus; wo aber wirklich zwei Rechte, z. B. Eigentum und beliebiges ius in re aliena an einer Sache bestehen, da schliesst weder die Rechtsübung des Eigentümers den Untergang des Bestandes des partiellen Rechtes durch Nichtgebrauch aus, noch würde die Rechtsübung des partiell Berechtigten dem Eigentümer nutzbringen, und z. B. die Usukapion eines Dritten und den mit dieser sich vollziehenden Rechtsverlust des alten Eigentümers fernhalten. Dass die Durchfürung dieser Abgrenzung zuweilen auch zu Zweifeln Anlass geben könnte, will ich nicht in Abrede stellen, aber darin liegt doch kein Grund von der Unterscheidung abzustehen. Mit ganz glatt durchzufürenden Unterscheidungen pflegen wir überall nicht weit zu kommen.

Also bleibts dabei: an einer Sache können mehre dem Bestande nach zu unterscheidende Rechte bestehen. Wollen wir diese Rechte irgend wie gruppiren, so liegt es bei unserer Auffassung am nächsten, von den Verschiedenheiten der inneren Seite auszugehen. Herrschen will der Mensch, seinen Willen auch in den ihn umgebenden Sachen zum Ausdruck bringen, nicht lediglich um zu herrschen sondern um zugleich Vorteil, Nutzen der verschiedensten Art, aus den beherrschten Sachen zu ziehen. Hier stossen wir bald auf einen schon von niedern Kulturstufen aus nicht zu übersehenden Gegensatz. Häufig will der Mensch die Sache, zumal die bewegliche, so zu sagen ganz haben, so haben dass er jeden beliebigen Vorteil den sie, erhalten oder verzehrt, zu gewären vermag, für sich haben will. Ganz so vollständig kann die Herrschaft über die Abschnitte der Land-

oberfläche nie sein; desto mehr Grund findet sich bei ihr zu nur partieller Beherrschung, will sagen dass der Mensch seinen Willen ihr gegenüber nur in einer bestimmten Richtung zur Geltung bringt, nur eine Art Vorteils aus ihr zu ziehn beabsichtigt, über dies Stück Landes nur gehn oder reiten, oder dasselbe auch noch zur Jagd benutzen will, den See zum Fischen, die Grasplätze zur Weide für sein Vieh. Daraus erwachsen dann die zwei Klassen der Rechte: einerseits auf totale Ausnutzung der Sachen, ein Begriff bei dem es nicht gerade verwunderlich ist, wenn wir ihn vielfach auf bewegliche und auf unbewegliche Sachen gleichmässig angewant finden, da ja die Verschiedenheiten der natürlichen Beschaffenheiten auch bei den beweglichen Sachen der totalen Ausnutzung sehr verschiedene Schranken ziehn; andererseits auf nur partiale Beherrschung und Benutzung. Mit der fortschreitenden Rechtsbildung entstehn für die totale Beherrschung sofort auch noch weitere Einschränkungen als die rein natürlichen. Der Herr der Sache darf seine Herrschaft über dieselbe doch nicht zum reinen Schaden derjenigen üben, mit denen er in Rechtsgemeinschaft lebt, ja er wird zum Vorteil der Gesammtheit nicht blos selber sich manches versagen, sondern auch Andern allerlei gestatten müssen. Mit der wachsenden Kultur werden der durch sie bedingten Einschränkungen solcher Totalrechte immer mehre. Zugleich aber nimmt auch die Masse und die Mannigfaltigkeit der Partialrechte zu. Einzelne von diesen können so reiches Inhalts werden, dass wieder die Grenzen sich zu verwischen drohen, und wir im einzelnen Falle kaum zu unterscheiden vermögen, ob man einem besonders ausgedehnten Partialrechte oder einem stärker beschränkten Totalrechte begegnet.

Auch hierüber gehn wir fort. Verweilen müssen wir aber dabei, dass wenn unsere Anschauung die äussere Seite der dinglichen Rechte gleichsam als Konsequenz der inneren ergibt, doch auch hier vor dem Zuviel der zu ziehenden Folgerungen zu warnen ist. Jegliche rechtliche Beherrschung

einer Sache fordert irgend eine rechtliche Abwehr der unbefugten Eingriffe Dritter, aber die Gestalt dieser rechtlichen Abwehr (der äussern Seite des Rechts) wird durch den Inhalt der zu schützenden Herrschaft über die Sache (der inneren Seite des Rechts) keineswegs fest bestimmt. Man kann dies kurz bezeichnen: die innere und die äussere Seite eines dinglichen Rechts brauchen einander nicht zu decken. Genauer: die innere Seite bestimmt nicht den Umfang der äusseren Seite, nicht die Intensität derselben, nicht die Rechtsmittel die zur Anwendung kommen.

Dass der Umfang der innern Seite für den der äusseren nicht schlechthin massgebend ist, das zeigen am besten diejenigen dinglichen Rechte, denen die innere Seite gänzlich abgeht. Zu diesen zälen die Römischen Servituten, deren Inhalt auf ein non facere des Herrn der dienenden Sache hinausläuft; nicht minder die Berechtigung aus dem Reichsgesetz vom 10. Jan. 1876 betreffend den Schutz der Fotografieen gegen unbefugte Nachbildung. Dem Berechtigten steht selber keinerlei Einwirkung zu auf die dienende Sache; die veräusserte Fotografie ist für den geschüzten Verfertiger eine fremde Sache, deren Behandlung ihm durch die Veräusserung völlig entzogen, und übrigens auf den Erwerber übertragen worden ist, nur dass diesem doch jede mechanische Nachbildung derselben gesetzlich untersagt bleibt. Man kann den Sachbestand, aus dem diese rein negativen dinglichen Rechte hervorgehn, als Verschiebung des normalen erfassen. Normal liegt die Sache also: dem Berechtigten D steht eine gewisse Einwirkung auf die Sache S zu, dem E und jedem Andern ist jegliche Behandlung derselben Sache S untersagt, durch welche dem D die ihm rechtlich zuständige Einwirkung auf diese Sache unmöglich gemacht, oder je nach dem auch nur erschwert würde. Im Falle der negativen Rechte aber, wird dem E und Andern gleichfalls eine gewisse Behandlung der Sache S im Interesse des D untersagt, aber nicht um diesem irgend eine Art der Einwirkung auf die

Sache S selber frei und ungestört zu erhalten, sondern um die Beziehungen des D zu irgend andern Sachen nutzbringender zu machen; D kann seinen Bauplatz besser verwerten wenn er dem E verbieten kann, auf dessen Platz Gebäude zu errichten, durch welche den auf dem Bauplatz des D zu errichtenden Häusern Luft und Licht entzogen würden. Die negativen Rechte gehören überall Zeiten an, wo die freilich nicht schwer zu findende Wahrheit bereits entdeckt ist, dass für den Nutzen, den Jemand aus einer Sache zu ziehn vermag, massgebend ist das Verhalten der Anderen nicht blos zu derselben Sache sondern auch zu anderen, mit jener in irgend welchem Zusammenhange stehenden (nahe belegenen, gleichartigen u. s. w.) Sachen.

Neben den rein negativen, kann die Erkenntnis der überwiegend negativen dinglichen Rechte, bei denen die innere Seite nicht ganz felt, aber der Umfang der äussern Seite über den der innern hinausgreift, kaum Schwierigkeit machen. Hieher gehören all diejenigen Rechte, die Jemand die ausschliessliche Benutzung einer Sache nach einer gewissen Richtung hin geben. Denken wir beispielsweis an ein Weiderecht. Weiderecht des D am Grundstücke S; innere Seite, Befugnis so und so viel Haupt Vieh darauf weiden zu lassen; äusssere Seite, die von Dritten ausgehenden Störungen bei dem Viehauftrieb und weiter zu beseitigen. One diese äussere Seite wäre ein Weiderecht für uns undenkbar. Unentbehrlich aber ist die äussere Seite auch nur, soweit sie sich mit der inneren deckt, über die Abwehr der Störung unserer eigenen Weideübung nicht hinausgreift. Möglich zulässig und vielleicht nützlich kann die äussere Seite, die negative Befugnis, in viel weiterem Umfange sein. Ich könnte ein ausschliessliches Weiderecht mit der Berechtigung haben, jeden Andern von der Benutzung desselben Grundstücks als Weide fernzuhalten. Solch ausschliessliches Weidenutzungsrecht lässt sich auch dermassen zerlegt denken: erstens ein gewönliches Weidenutzungsrecht, dessen äussere Seite auf Abwehr der

die innere Seite treffenden Störungen sich beschränkt; zweitens ein rein negatives Weidewehrrecht an demselben Grundstücke wider Jedermann. Dies zweite Recht hätte seinen ökonomischen Grund in dem ersten, das nutzbringender zu machen Zweck des zweiten wäre; meine Kühe werden sich besser nähren, wenn keine andern mitfressen. Ebenso wird das ausschliessliche Jagd- oder Fischereirecht regelmässig nutzbringender sein, als die gleiche einfache (nicht ausschliessliche) Berechtigung an demselben Gebiet. Kurzum es gibt Rechte, wo die äussere negative Seite dem Umfange nach mit der innern sich deckt, andere wo jene grössern Umfang besizt. Beiläufig dass diese leztern als Produkte derselben Kräfte erscheinen, denen auch die andern ihre Entstehung zu verdanken haben, und dass lediglich das Hinzutreten von Nebenumständen Grund der abweichenden Bildung ist.

Zweitens betrachten wir die möglichen Verschiedenheiten der Intensität der äussern Seite der dinglichen Rechte. Diese kommen zum Vorschein bei mehren Rechten an derselben Sache, deren positiver Inhalt (innere Seite) ganz oder zum Teil zusammenfällt, so dass die Ausübung des einen Rechts der des andern hindernd in den Weg tritt. Die Fälle solcher Kollision im weiteren Sinne sind so überaus zalreich, dass erläuternde Beispiele kaum erforderlich scheinen. Indessen mag hervorgehoben werden, dass dieses Kollisionsverhältnis erstlich bestehen kann zwischen gleichartigen Rechten (z. B. mehren Pfandrechten, mehren Rechten aus gutgläubigem Besitzerwerb, mehren nicht ausschliesslichen Weide- Jagd- Fischereigerechtigkeiten), zweitens zwischen ungleichartigen wie denn z. B. die ungestörte Ausübung des Niessbrauches die volle Uebung des Eigentums zeitweilig unmöglich macht, wärend andererseits bei voller Uebung der inneren Seite des Eigentums durch den Eigentümer für den Usufruktuar wenig Nutzen und Früchte übrig bleiben. Unter den derartig zusammentreffenden (kollidirenden) Rechten können zwei Verhältnisse bestehen. Entweder das Verhältniss der Kollision

im engeren Sinne: die verschiedenen Rechte sind auf ihrer negativen Seite gleich, und zwar alle so stark, dass jeder Berechtigte der bei der Ausübung (im Besitze) wäre, die Angriffe aller Uebrigen, die ihn in der Ausübung stören wollten zurückzuweisen, keiner aber die bereits begonnene Ausübung des andern rechtlich zu unterbrechen vermöchte; was wir dahin zu formuliren pflegen, dass also die Prävention betreffs der Ausübung den Ausschlag gibt. Oder das Verhältnis der relativen Vorzüglichkeit: die äussere Seite des einen (besseren) Rechts ist stärker als die des andern, so dass der Besserberechtigte im Besitz (in der Ausübung) gegen alle Angriffe des Schlechterberechtigten geschüzt, und ausser Besitz auch im stande wäre, den Besitz des Schlechterberechtigten rechtlich zu unterbrechen, und sich selber den Besitz anzueignen. Im ganzen wird man im Römischen Rechte, und nicht anders in unserem modernen Recht, mehr Fällen der relativen Vorzüglichkeit als der Kollision begegnen. Die stärkere negative Kraft beruht unter gleichartigen Rechten meist auf dem früheren Zeitpunkt der Entstehung, unter ungleichartigen auf dem kleineren Umfange der inneren Seite des einen. Ausnahmen von beiden Regeln sind aber auch nicht selten.

Drittens kommen wir zu den Rechtsmitteln. Dass ein gewisser Zusammenhang besteht zwischen der Intensität eines Rechtes und der Beschaffenheit der Rechtsmittel die ihm dienen, ist nicht zu leugnen; doch dürfen die Fragen nach der Intensität und nach den Rechtsmitteln auch nicht zusammengeworfen werden. Regel, dass verschiedene Pfandrechte an derselben Sache mit den gleichen Rechtsmitteln geschüzt werden, und doch besteht unter ihnen das Verhältnis der Kollision im engern Sinn nur ganz ausnamsweis; ferner dienen der hereditas andere Rechtsmittel als der bonorum possessio und doch konnte jene bald dieser (H. cum re, B. P. sine r.) bald diese jener (H. s. r., B. P. c. r.) vorgehn; regelmässig dringt die rei vindicatio durch wider den mit Publicianischem Schutze Berechtigten, zuweilen aber dringt auch die a. Publiciana

durch wider den Eigentümer. Es genüge dies konstatirt zu haben, die Erklärung fordert ein näheres Eingehn auf übrigens nicht unbekannte Stücke aus der Geschichte des Römischen Aktionenrechts.

IX.

„Confusio" heissen wir verschiedene Arten des Zusammenfliessens zweier Rechte, insonderheit die wo zwei Rechte an derselben Sache von qualitativ gleichem Inhalt auf einen Berechtigten kommen. Wir pflegen anzunehmen, dass diese confusio zum Untergang des einen der beiden zusammenfliessenden Rechte, und zwar regelmässig desjenigen von quantitativ kleinerem Inhalte füren müsse. Der Fall dass auch quantitativ gleiche Rechte zusammenfliessen ist nicht undenkbar (von zwei gutgläubigen Erwerbern derselben Sache, die vielleicht gar ihre Rechte von verschiedenen Vormännern ableiten, könnte einer den andern beerben, u. dergl. m.) aber selten, so dass er meist ausser Ansatz gelassen wird. Eine spezielle Anwendung der obigen Regel fürt dahin, dass sobald der Eigentümer ein dingliches Recht an der Sache seines Eigentums, oder aber ein anders dinglich Berechtigter an derselben Sache das Eigentum erwürbe, wegen solcher confusio allemal das dingliche Recht von beschränkterem Inhalt untergehn, so zu sagen aufgehn müsse in das, nach der gangbaren Definition, allumfassende Eigentum. Dass dem Eigentümer überhaupt kein anderes Recht an seiner Sache zustehn könne, ist die weitere Entwickelung desselben Gedankens.

Diese ganze Lehre von der vernichtenden Kraft der confusio folgt nun aber keineswegs mit logischer Notwendigkeit aus den angenommenen Begriffen. Definire ich das subjektive Recht als die Möglichkeit den Willen einer Person in einer gewissen Richtung zur Geltung zu bringen, so muss ich

den Untergang dieses Rechts annehmen, so bald feststeht dass das Subjekt desselben für Gegenwart und alle Zukunft fortgefallen ist; ebenso kann das dingliche Recht, als Recht an einer individuell bestimmten Sache den Untergang eben dieser Sache begriffsmässig nicht überdauern. Ebenso würde es allen gangbaren Definitionen der Obligation zuwiderlaufen, dieses Rechtsverhältnis als ein noch fortbestehendes anzunehmen, nachdem durch Erbgang oder sonst wie die beiden Rollen des Gläubigers und des Schuldners auf ein und dieselbe Person gekommen wären; niemand kann an sich selber leisten, niemand wider sich selber klagen. Aber warum sollte ich die Befugnis zu einer gewissen Behandlung einer Sache nicht aus einem und zugleich noch aus einem andern Grunde haben können? Dass ich dieselbe Befugnis aus einem und aus einem andern Grunde erwerben kann, steht fest. Wirft man ein, dass ja Niemand was er schon habe noch erwerben könnte; so wäre dies, um viel zuzugeben, petitio principii. Ich leugne dass das Recht gleiches Inhalts, das ich aus neuem Grunde hinzuerwerbe, mit dem alten mir schon zuvor zuständigen identisch ist. Warum soll hier der Inhalt, und nicht der Entstehungsgrund, für die Identität der Rechte massgebend sein?

Nicht abzusehn, inwiefern das Dasein zweier der selben Person zuständiger dinglicher Rechte von gleichem Inhalte an der selben Sache zu denken schwieriger sein sollte, als das Zusammenbestehn zweier Correalobligationen unter denselben Personen; und das haben die besten Römischen Juristen bekanntlich für denkbar erachtet:

> reum reo succedentem ex duabus causis esse obligatum, nec enim potest repperiri quae obligatio quam peremat. Fr. 5 de fidei. 46, 1 (Vlp. Iul.), cf. fr. 13 de duob. r. 45, 2 (Venul.), fr. 33 pr. § 1, 2 de solut. 46, 3 (Scaeu.).

Der Grund der vernichtenden Kraft der hier betrachteten confusio darf also nur in Rücksichten auf das Zweckmässige

das Nützliche[7]) gesucht werden. Wie im Haushalt der Natur das Ueberflüssige unbeliebt ist, verkümmert und endlich ganz abgestossen wird, so sucht auch der wissenschaftliche Aufbau des Rechts von unnützem Ballast sich nach Möglichkeit frei zu halten. Ein Gebilde das keine eigene Rechtswirkung mehr zu äussern vermöchte, dessen Betätigung ausnamslos mit der Betätigung anderer zweifellos vorhandener Rechtsgebilde zusammenfiele, betrachten wir besser als gar nicht vorhanden: das Leben verliert nichts dabei, und die Theorie gewinnt an Einfachheit und Klarheit.

X.

Das Vorausgeschickte drängt zu der Regel: treffen zwei Rechte an derselben Sache in einer Hand zusammen, so geht nur dasjenige unter, dessen weiterer Fortbestand unnütz sein würde. Jedes Recht aber, das in seiner rechtlichen Wirksamkeit irgend wie hinausgreift über das andere, mit dem es in derselben Hand zusammentrifft, geht trotz diesem Zusammentreffen nicht unter.

Aus der Anwendung dieser Regel auf die Frage nach der Zulässigkeit von dinglichen Rechten neben dem Eigentume, ergeben sich vier Klassen der iura in re propria:

A. Rechte deren innere positive Seite über die innere Seite des Eigentums hinausgreift, und die darum dem Eigentümer die Befugnis zu solcher Behandlung und Ausnutzung der Sache geben, wie sie dem Eigentümer als solchem nicht zukommen.

B. Rechte deren äussere Seite über die selbe Seite des Eigentums hinausgreift; der Berechtigte darf Einwirkungen auf die Sache zurückweisen, die er als Eigentümer nicht zurückweisen dürfte.

C. Rechte die das Eigentum an Intensität übertreffen,

---

[7]) Wie denn auch Scaevola in dem fr. 33 pr. cit. fragt: placet non confundi. quo bonum est hoc dicere? . . . . .

und namentlich denjenigen Rechten Dritter gegenüber durchdringen, denen das Eigentum als schwächeres Recht betreffs der Ausübung weichen müsste.

D. Rechte die durch Rechtsmittel geschüzt werden, welche dem Eigentümer als solchem nicht zustehn.

Zu A. Voraussetzung: ein irgendwie auf der inneren Seite beschränktes Eigentum. So ist der Eigentümer eines Exemplars von einem Schriftwerk, oder was dem gleich käme, nach der Reichsgesetzgebung unter bestimmten Voraussetzungen nicht befugt dasselbe zur mechanischen Vervielfältigung zu benutzen, aber er kann diese Befugnis von dem Urheber zu seinem Eigentum hinzuerwerben; dann bestehen die beiden Berechtigungen in einer Hand unzerstört und unverschmolzen nebeneinander. — Wer eine dingliche Erbpacht (oder Emfyteuse oder Superficies u. s. w.) hat heiratet diejenige, auf die durch Erbgang das nudum dominium desselben Grundstückes gekommen ist. Im Testament vermacht er der Wittwe den Niessbrauch der Erbpacht. Zweifeln wir dass diese Wittwe die beiden Berechtigungen des Eigentums und des Erbpachtsniessbrauchs nebeneinander haben wird? — Hieher gehört auch die Gruppe der Servituten: altius tollendi, officiendi luminibus uicini u. s. w., Rechte des Eigentümers an seinem Grundstücke, die ihm eine Behandlung dieses Grundstückes gestatten, welche ihm als Eigentümer darum nicht zusteht, weil sie ihm durch besondere Rechtsvorschrift [8]) genommen ist. — Die Zal dieser Beispiele ist ersichtlich one Mühe zu mehren.

Zu B. stellen sich nicht eben so viele Fälle. Voraussetzung: Beschränkung der äusseren Seite des Eigentums, die entweder ganz one Beschränkung der inneren Seite dasteht, oder doch merklich über diese mit ihr zusammenhangende Beschränkung der inneren Seite hinausgeht. Derartige Beschränkungen werden bewirkt zumeist durch Dritten zustän-

---

[8]) Vgl. Windscheid Pand. I § 211 N. 11.

dige Servituten (sog. servitutes in patiendo, der Herr der dienenden Sache muss leiden, weil die Befugnis zur Abwehr aus seinem Recht genommen ist). Gegenüber diesen Servituten aber wird das Recht zur Abwehr hergestellt gewönlich durch Aufhebung der Servitut, oder durch persönliches Abkommen mit dem Servitutberechtigten, das diesen obligatorisch zur Nichtausübung der Servitut verpflichtet; selten durch Herstellung eines wider die Servitut wirkenden und neben das Eigentum tretenden dinglichen Rechts. Indessen bedenke man folgende Möglichkeiten. Der Eigentümer muss, durch das interdictum de glande legenda gezwungen, sich das Betreten seines Bodens durch den Nachbar gefallen lassen; er könnte gegen die Ausübung des hiemit dem Nachbar eingeräumten Leserechts sich schützen durch rein obligatorischen Vertrag, aber er kann dies zweifellos auch dadurch, dass er sich negative Prädialservituten bestellen lässt, z. B. auf dem Nachbarstück dürfen nächst der Grenze gar keine Bäume, oder keine Obstbäume stehen; und der dinglich dauernde Verzicht auf das Leserecht wäre gewis nicht minder zulässig, und dürfte sich leicht in eine Form kleiden lassen, die als ius arcendi an dem von dem Nachbar nun nicht mehr zu betretenden Stück Landes erschiene. Oder: der Eigentümer des Uferstücks muss sich von Dritten gefallen lassen was im Interesse der Schiffart und Fischerei auf dem öffentlichen Flusse gefordert wird. Lässt sich bezweifeln dass ihm, z. B. zum Schutz von Fabriken oder andern dem gemeinen Nutzen dienenden Anlagen, welche mit dem Betreten des Landes und den sonstigen Eingriffen der Schiffer und Fischer durchaus unverträglich wären, ein Privileg eingeräumt werden könnte, jede derartige Annäherung abzuweisen, nachdem für die Befriedigung der unabweislichen Anforderungen der Schiffart, Leinpfad u. s. w., in anderer Weise, etwa durch Herstellung eines Dammes im Flussbett Vorsorge getroffen wäre?

Zu C. Hieher gehören vorzugsweise die Pfandrechte an eigner Sache. Denken wir dabei nur an die gangbarsten

Pfandrechtsformen des Römischen und des modernen Deutschen Rechts. Der Pfandgläubiger hat Berechtigungen an der Sache, auf Besitz Verkauf u. s. w., welche ebenso auch im Eigentum liegen. Wäre nur Ein Pfandrecht vorhanden, und dieses in einer Hand vereint mit dem Eigentum, so ergibt sich praktisch kein Vorteil aus dem zuständigen Pfandrecht für den Eigentümer; die Annahme des Fortbestandes des Pfandrechts würde sich somit in diesem Falle als eine überflüssige, unnütze[9]), darum theoretisch verwerfliche erweisen. Ganz anders sobald wir Fälle bedenken, wo an derselben Sache mehre Pfandrechte bestehen. Jedes derselben geht an Intensität dem Eigentume vor, unter einander aber stehen sie, in der grossen Mehrzal der Fälle, in einer mit mathematischer Genauigkeit anzugebenden Reihenfolge, je nach Intensität und Wirksamkeit. Für den Eigentümer, der als solcher jedem Pfandgläubiger gegenüber nur ein Minimum von Berechtigungen hätte, kann es von grösster praktischer Wichtigkeit sein, daneben die Stellung eines creditor potior einzunehmen. Die Fortdauer eines bessern Pfandrechts in der Hand des Eigentümers wäre also zweifelsone weder überflüssig noch unnütz, und es felt somit der Theorie an jedem Grunde, hier eine vernichtende confusio anzunehmen. — Dem Eigentümer können aber in änlicher Weise auch andere dingliche Rechte nutzbringen, vorausgesezt dass dieselben ihn gegen die Gel-

---

[9]) Aber auch die Bestellung einer Hypothek für den Eigentümer an seiner zur Zeit keinem Andern verpfändeten Sache, kann ein rationelles Geschäft sein; doch nur im Hinblick auf andere, später zu bezeichnende und betreffs der Intensität jenem ersten nachständige Pfandrechte. Diesen gegenüber könnte die vorbehaltene bessere Hypothek bedingte, oder unbedingte Wirksamkeit haben sollen. Bedingte: so dass dieselbe nur dann einträte, wenn zur Zeit der Geltendmachung der späteren Hypotheken die vorbehaltene Hypothek bereits von dem Eigentümer auf irgend einen Andern übertragen wäre. Unbedingte: so dass sie auch dann einträte, wenn diese Hypothek dem Eigentümer verbliebe, dem beim Verkaufe der Pfandsache stets eine bestimmte Summe aus dem zu erlösenden Preise zukäme.

tendmachung schwächerer dinglicher Rechte, die aber doch immer noch stärker als Eigentum wären, Schutz verleihen. Fälle der Art werden in den Römischen Quellen kaum zu entdecken sein, da die Römer nur bei den Pfandrechten die Intensitätsdifferenzen zu messen gewönt waren; nach dem modernen Grundbuchrecht liegen sie klar zu Tage[10]).

Zu D. Der heres kann an der ihm zuständigen Hinterlassenschaft auch die bonorum possessio als utilis erwerben; er gewinnt damit das ihm als heres nicht zuständige Rechtsmittel des int. quorum bonorum. — Der Eigentümer kann, was zwar in der Theorie nicht unbestritten geblieben, an seiner Sache auch das Recht aus der bonae fidei possessio, und damit, was wenigstens die Praxis allgemein anerkennt, die a. Publiciana neben der rei vindicatio haben. Ebenso können Eigentümer und Publicianisch Berechtigter an ihrer Sache auch das weitere Recht des juristischen Besitzes noch haben, das ihnen das bequeme Schutzmittel der possessorischen Interdikte verschafft.

---

[10]) Z. B. an einem Hause besteht eine Superficies. Der Eigentümer bestellt ein Pfandrecht, das aus dem dem Eigentümer allein verbliebenen nudum dominium geschöpft das ältere Platzrecht in keiner Weise beeinträchtigen kann. Erwirbt dann der Eigentümer dies Platzrecht selber, so muss er in der Ausübung desselben jenem Pfandgläubiger gegenüber ganz änlich geschüzt werden, wie wenn er zu seinem Eigentume noch ein älteres Pfandrecht hinzuerworben hätte. — Oder: denken wir derselbe Eigentümer hätte, wärend ihm die Superficies, vielleicht nur an einem Stockwerk abging, einen Niessbrauch bestellt, danach erwirbt er die Superficies; soll nun vielleicht jener Niessbrauch auf das bis dahin ausgenommene Stockwerk erstreckt werden?

III.

Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen.

Von

Prof. Dr. **Baron.**

(Schluss.)

VI. §. 8. Sachsen-Weimar.

Ein Gesetz vom 16. Februar 1854 [1]) betrifft den Schutz gegen fliessende Gewässer und die Benutzung derselben; die Räumung der Flüsse fällt also nicht in den Rahmen des Gesetzes.

Das Gesetz verdient aus Einem Grunde epochemachend genannt zu werden: es kennt keine Eintheilung der fliessenden Gewässer mehr; es behandelt alle Flüsse in gleicher Weise; es gelten dieselben Grundsätze für schiffbare und nicht schiffbare Gewässer [2]).

Doch, um die Wahrheit zu sagen, giebt es eine Ausnahme von dem neuen Principe; die Abflüsse der Quellen,

---

[1]) Das Schwarzburg-Sondershausensche Gesetz vom 26. Januar 1858 ist im Wesentlichen eine Copie des Weimarschen.

[2]) Ausdrücklich bemerke ich, dass Weimar schiffbare Gewässer hat.

Teiche, Cisternen, Brunnen, Hälter unterliegen, so lange sie auf dem Grund und Boden des Eigenthümers der Quellen u. s. w. fliessen, dem freien Verfügungsrechte des Grundeigenthümers d. h. sie sind sein Eigenthum (§ 32).

Abgesehen von dieser Ausnahme bedürfen alle zu Nutzungszwecken in und an fliessenden Gewässern beabsichtigten Bauanlagen und bleibenden Einrichtungen sowie deren wesentliche Aenderungen (§ 40) der Genehmigung der Verwaltungsbehörden, und zwar die Triebwerke derjenigen des Staatsministerium, alle sonstigen Anlagen derjenigen des Bezirksdirectors (§ 2). Mit andern Worten: jede Benutzung eines Flusses Seitens eines Privaten mittels dauernder Anlagen (— und ohne solche ist eine ernstliche, tiefgreifende Benutzung gar nicht denkbar —) beruht auf Concession. Ohne Concession ist zulässig „der ohne besondere Vorrichtungen vorgenommene Gebrauch des fliessenden Wassers, durch welchen weder die Beschaffenheit noch der Lauf des Wassers wesentlich verändert noch irgend jemand in seinen Nutzungsrechten gestört wird“, ein solcher Gebrauch ist „als unschädlich freigegeben“ (§ 26). Aber freilich was gehört hieher? Nicht einmal das Halten einer Fähre (denn dieses bedarf der Genehmigung des Betriebsdirectors, § 28), sondern die Benutzung des Wassers zu Triften, Durchfahrten, Viehtränken, Schafwäschen, Wasserholen und selbst diese unterliegen der Aufsicht der Polizei, welche sie, soweit nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehn, sogar ganz untersagen kann (§ 29)[3]. Die Erlaubniss zur Anlegung von Triebwerken geschieht nach einem öffentlichen Aufgebot und einer Verhandlung mit Widersprechenden (§ 34 ff.); dabei wird namentlich untersucht, ob und in welcher Entfernung sich Stauwerke an demselben Gewässer oberhalb und unterhalb der beabsichtigten Anlage befinden, und welchen Einfluss die letztere auf die Wasserbenutzung der bereits be-

---

[3]) Auffallender Weise führt § 29 noch die Bauanlagen an, aber diese fallen ja unter § 2 und bedürfen der Genehmigung.

stehenden Werke äussern kann. Die Erlaubniss zu andern Anlagen als Triebwerken wird ohne öffentliche Bekanntmachung und Verhandlung ertheilt, aber auch hier wird die Verletzung wohlerworbener Rechte, namentlich von bereits bestehenden Triebwerben, vermieden; zu Wasserableitungen wird die Erlaubniss nur unter der Bedingung ertheilt, dass das Wasser wieder in den ursprünglichen Fluss zurückgeleitet werde, ehe dieser ein fremdes Grundstück berührt (§ 42). Es springt in die Augen, dass dieses Concessionsverfahren allein im Stande ist, die Sicherheit zu gewähren, welche ich bisher in den anderen Gesetzen vergeblich gesucht habe; denn jede Concession geschieht unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Werke; zugleich ist gegen die Geltendmachung einer übertriebenen Bureaukratie dadurch Vorsorge getroffen, dass alle Widersprüche in einem öffentlichen Verfahren vorgebracht und geprüft werden, so dass, wo solche Widersprüche nicht vorliegen, die Concession in der Regel ertheilt werden muss; auffallender Weise ist das Verfahren nur bei der Concessionirung von Triebwerken vorgeschrieben, nicht auch bei der von anderen Anlagen. Ich vermisse ferner Bestimmungen über den Fall, dass Mehrere gleichzeitig die Concessionirung beanspruchen und das Wasser für die mehreren Unternehmungen nicht zureicht, ferner für den Fall, dass hinterher das Wasser sich vermindert, so dass die mehreren Unternehmungen in ihrem bisherigen Umfang nicht füglich neben einander bestehen können. Ich glaube indess nicht, dass die Auffindung desfallsiger Bestimmungen schwierig wäre. Es verdient hervorgehoben zu werden, dass bei der Ertheilung der Concession zu einem Wassertriebwerke (nicht aber zu einer Wässerungsanlage) die Behörde berechtigt ist, dem Concessionär die Zahlung einer Summe aufzuerlegen (§§ 37. 54).

Zwangsrechte hat das Weimarsche Gesetz (§ 43 ff.) hauptsächlich zu Gunsten von Bewässerungsanlagen eingeführt, und zwar schliesst es sich offensichtlich an das Preussische Gesetz von 1843 in Inhalt und Worten an, daher ich nicht

darauf einzugehen brauche. Zu Gunsten der Entwässerung findet sich bloss die Vorschrift, dass das oberirdisch angesammelte Wasser durch die benachbarten Grundstücke in Canälen oder Röhren abgeführt werden kann, wofür Entschädigung zu leisten ist (§ 33). Dahingegen hat das Schwarzburg-Sondershausensche Gesetz, welches dem Weimarer nachgebildet ist, in § 31 den Zwangsrechten eine sehr weite Anwendung gegeben, indem es sie gestattet, wenn es in dem für jeden einzelnen Fall im Verwaltungswege festzustellenden volkswirthschaftlichen Interesse liegt, neue Wassernutzungsrechte zu ertheilen oder Entwässerungsanlagen zum Vortheil Einzelner oder Mehrerer zu gestatten. Also nicht bloss zur Beförderung des Ackerbaus sondern auch zur Hebung der Industrie und des Bergbaus sind Zwangsrechte nach dem Schwarzburg-Rudolstädter Gesetz zulässig.

Sehr scharf sind die Bestimmungen über die Befestigung des Ufers, welche unter den allgemeinen Begriff „Schutzvorrichtungen gegen das Wasser“ subsumirt wird (§ 1). Insoweit die Ufer zu Nutzungsanlagen gehören, sind ihre Eigenthümer für ihre Instandhaltung zu sorgen verpflichtet (§ 7); die Befestigung der übrigen Ufer bleibt zwar zunächst deren Eigenthümern überlassen, aber die Behörde kann eine Wasserschutzbaut anordnen, und dann sind die Ufereigenthümer zu ihrer Ausführung verpflichtet (§ 8); auch die Aenderung von Wassernutzungsanlagen, namentlich von Wehren, kann die Behörde im Interesse des Uferschutzes anbefehlen (§ 11). Bevor die Behörde ihre Anordnungen trifft, hat sie nicht bloss Sachverständige sondern auch die Baupflichtigen zu hören (§ 15). Der Baupflichtige kann durch Dereliction des Grundstücks sich nur dann seiner Baupflicht entziehen, wenn er spätestens binnen acht Tagen, nachdem ihm die Anordnung der Behörde und sein Kostenbeitrag mitgetheilt worden ist, vor dem iudex rei sitae die Dereliction zu Protocoll erklärt; theilweise Dereliction ist unzulässig, theilweise Veräusserung nur mit Genehmigung des hinterliegenden Angrenzers, dem

es im Falle der Dereliction accrescirt (§ 19). Die Ausführung der Wasserschutzbauten geschieht (ausser im Falle geringer technischer Schwierigkeit), durch die vom Staate bestimmten Baubeamten (§ 21). Von Zeit zu Zeit sind Uferbesichtigungen vorzunehmen (§ 22).

VII. § 9. Oldenburg.

Die Wasserordnung für das Herzogthum Oldenburg ist vom 20. November 1868; sie bezieht sich nicht auf die Marschen sondern bloss auf die Geestländereien; sie bezieht sich ferner nicht auf die öffentlichen Gewässer des Staats, welche letztere aufgezählt werden, und welche diejenigen Wasserläufe (natürliche und künstliche) begreifen, „die vorwiegend dem Zwecke der Schifffahrt dienen oder für dieselbe eingerichtet sind" [4]).

Auch diese Wasserordnung verwirft die Eintheilung in schiffbare und nicht schiffbare Flüsse; sie stellt vielmehr eine Dreitheilung auf: öffentliche Wasserzüge des Staats, öffentliche Wasserzüge der Gemeinden und Privatwasserzüge; es liegt darin eine grosse Neuerung, eine Neuerung von derselben Tragweite wie die des Weimarschen Gesetzes [5]), die jedoch an Bestimmtheit hinter der Weimarschen zurücksteht. Während nämlich die öffentlichen Wasserzüge des Staats genau aufgezählt sind, werden zu den öffentlichen Wasserzügen der Gemeinden diejenigen gerechnet, welche in ein bei jeder Gemeinde zu führendes Wasserzugsregister eingetragen sind (Art. 8); Criterien aber, welche bei der Eintragung massgebend sein sollen, sind im Gesetz nicht angegeben; es ist bloss die öffentliche Auslegung des Entwurfs des Wasserzugsregisters angeordnet und die Zulässigkeit von Einwendungen gegen den

---

[4]) Beweggründe, abgedr. in den Anlagen zum XV. Landtag, 3. Versammlung S. 147.

[5]) Letzteres scheint dem Oldenburger Gesetzgeber nicht vorgelegen zu haben.

Entwurf ausgesprochen (Art. 8 § 3). Im Hinblick darauf, dass nach Art. 46 für die Privatwasserzüge die „bisher geltenden Grundsätze des Privatrechts in Kraft bleiben", gehe ich wohl nicht irre, wenn ich unter den Privatwasserzügen die künstlichen Wasserleitungen und die Abflüsse von Quellen, Brunnen u. s. w., solange sie von dem Ursprungsgrundstück nicht abgeflossen sind, verstehe.

Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der öffentlichen Wasserzüge des Staats sind, wie bemerkt, aus dem Gesetz nicht ersichtlich; die Motive [6]) ergeben, dass „die Instandsetzung und Unterhaltung derselben zu den anerkannten Aufgaben der Staatsgewalt gehört"; ich darf wohl also schliessen, dass andererseits die Benützung (abgesehen von einem gewissen Gemeingebrauch) eine Concession Seitens der Staatsgewalt voraussetzt.

Oeffentliche Wasserzüge der Gemeinden sind Eigenthum der Gemeinden (Art. 2 § 3). Ihre Benutzung bestimmt sich nach folgenden Grundsätzen:

a. Es findet ein gewisser Gemeingebrauch statt (Schöpfen, Tränken, Waschen, Baden u. dgl.), soweit nicht Polizeivorschriften entgegenstehn (Art. 16 § 1). Anlagen zu diesen Zwecken bedürfen in der Regel keiner Erlaubniss der Verwaltungsbehörde, können jedoch, wenn sie das öffentliche Interesse gefährden oder den Abfluss des Wassers wesentlich beeinträchtigen, von der Verwaltungsbehörde ohne Entschädigung entfernt werden (Art. 19).

b. Das Ober- und Grundwasser darf jeder abführen; einer Genehmigung der Verwaltungsbehörde bedarf es nur, wenn zu diesem Zweck Veränderungen an den Wasserzügen oder deren Ufern getroffen, sowie wenn grössere Behälter (Teiche, See) abgelassen werden sollen (Art. 17).

c. Ableitungsgräben bedürfen immer der Genehmigung der Verwaltungsbehörde; ein öffentliches Verfahren scheint der

---

[6]) A. a. O. S. 147.

Genehmigung nicht vorauszugehn, jedoch können Triebwerksinhaber widersprechen, wenn ihr Betrieb durch die Ableitung beeinträchtigt oder das abgeleitete Wasser nicht oberhalb des Triebwerkes wieder zurückgeleitet wird (Art. 18).

d. Stauanlagen sowie Triebwerke incl. der Abänderung oder Erweiterung von Haupttheilen bedürfen der Genehmigung (Art. 19 § 3, Art. 20 § 2); dieselbe setzt eine öffentliche Bekanntmachung voraus und darf nur ertheilt werden, wenn bestehende Anlagen dieser Art nicht beeinträchtigt werden (Art. 21).

e. Jede Benutzung, welche das Wasser verdirbt, ist verboten, ausser soweit sie zu gewerblichen Zwecken von der Verwaltungsbehörde gestattet wird (Art. 16 § 1). Die Abführung von solchem Wasser, welches für den Gemeingebrauch, die Fischerei oder landwirthschaftliche Benutzung schädliche Stoffe enthält, kann von der Verwaltungsbehörde untersagt werden (Art. 17 § 2).

Die Gewährung der Zwangsrechte geschieht im Oldenburger Gesetz zu Gunsten der Ent- und Bewässerung. Die Verwaltungsbehörde verfügt auf Beschluss des Gemeinderaths die Beschränkung oder Beseitigung bestehender Wehre, Stau- und Triebwerke gegen Entschädigung, wenn das Bedürfniss der Abwässerung es verlangt (Art. 23 § 1); der Gemeinderath beschliesst die Anlegung neuer öffentlicher Wasserzüge (Art. 15 § 1), und zu diesem Zweck können Expropriationen jeder Art eintreten (Art. 41); der oberhalb liegende Eigenthümer eines landwirthschaftlichen Grundstücks kann das Ober- und Grundwasser auf das unterhalb liegende abführen, und zwar muss der Eigenthümer des letzteren einen Graben bis 4 Fuss Tiefe mit entsprechender Sohlenbreite und Dossirung unentgeltlich ziehen lassen; bei tieferen Gräben hat er ein Recht auf Entschädigung (Art. 47); behufs Herbeiführung einer vollständigen Entwässerung sowie zum Zweck der Bewässerung kann nur die Gestattung einer verdeckten Wasserleitung und zwar nur dann verlangt werden, wenn dadurch

überwiegende landwirthschaftliche Vortheile zu erreichen sind (Art. 48).

Grosses Gewicht legt das Gesetz auf die Instandsetzung und Unterhaltung der öffentlichen Wasserzüge (Art. 7 ff.), die Instandsetzung wird vorbereitet durch das Bestick; dasselbe wird durch die Verwaltungsbehörden aufgestellt, nachdem es von den Gemeindebehörden entworfen und durch Veröffentlichung Jedem Gelegenheit gegeben ist, dagegen Einwendungen zu machen. Das festgestellte Bestick wird in das Wasserzugsregister eingetragen (Art. 9). Die Instandsetzung sowie ausserordentliche Unterhaltungsarbeiten liegen der Gemeinde, die regelmässige Unterhaltung liegt den Uferanliegern ob; die benachbarten Gemeinden können herangezogen werden, sobald einerseits die Instandsetzung resp. Unterhaltung von so bedeutendem Umfang ist, dass sie die verpflichtete Gemeinde zu sehr belasten würde, und andererseits die Nachbargemeinden daraus Nutzen ziehen (Art. 10. 12). Innerhalb der Gemeinde haben die Grundeigenthümer nach dem Grundsteuerreinertrage (in den Städten auch die Gebäudeeigenthümer) die Kosten aufzubringen resp. die Naturalarbeiten zu leisten (Art. 11). Zu kleineren Landabtretungen im Interesse der Unterhaltung (eine Quadratruthe auf je hundert Fuss Uferlänge) ist der Uferanlieger unentgeltlich verpflichtet (Art. 12 § 2 No. d). Wie die Instandsetzung, so ist auch die Anlegung neuer öffentlicher Wasserzüge Sache der Gemeinden; kommt die Gemeinde ihrer Pflicht nicht nach, so wird sie, wenn ein offenbares Bedürfniss vorliegt, von der Regierung gezwungen (Art. 15).

Die Befestigung der Ufer gegen Abbruch oder Abspülung überlässt das Gesetz dem Belieben der Uferanlieger, und macht nur dann eine Ausnahme, wenn die Erhaltung des Besticks die Befestigung verlangt; dann liegt sie regelmässig dem Uferanlieger, im Fall unverhältnissmässiger Belastung des letzteren aber ihm und der Gemeinde ob (Art. 13).

Behufs Aufrechterhaltung der gesetzlichen Bestimmungen

über die Instandsetzung und Unterhaltung sind Schauungen der öffentlichen Wasserzüge durch die Verwaltungs- und Gemeindebehörden vorgeschrieben: Hauptschauungen (Art. 43 § 1), Nachschauungen (Art. 43 § 2), Nebenschauungen (Art. 44).

VIII. § 10. Gotha.

Das Gothaische Gesetz vom 12. April 1859[7]) trägt die Ueberschrift „über die Benutzung des Wassers[8]) und über den Schutz gegen dasselbe"; bei der Benutzung des Wassers folgt es offensichtlich dem Baierschen Gesetz, bei dem Schutz gegen das Wasser ist es fast nichts als eine Copie des Weimarschen.

Die Eintheilung in schiffbare Flüsse und andere findet sich im Gesetz nicht, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil es solche im Gothaischen Gebiet nicht giebt. Sonach giebt das Gesetz dieselben Bestimmungen für alle Flüsse, trennt jedoch hievon (wie das Baiersche und Weimarsche Gesetz) die Abflüsse von Quellen, Brunnen, Teichen u. dgl. und erklärt diese, solange sie auf dem Grund und Boden des Eigenthümers der Quellen u. s. w. fliessen, für demselben Eigenthümer gehörig (§ 5); ferner trennt es das Wasser in künstlichen Leitungen, welches es deren Eigenthümer zuspricht, ausser wenn die Leitung als Correctionsbaut bloss an die Stelle eines natürlichen Wasserlaufs getreten ist (§ 7).

Die Flüsse werden nun zwar im Gothaischen Gesetze nicht für Zubehör der Grundstücke erklärt (wie im Baierschen), aber es wird das Nutzungsrecht am Wasser den Anliegern auf den Bereich der Uferlänge zugesprochen (§ 11). Dieses Nutzungsrecht ist ungefähr denselben Beschränkungen unter-

---

[7]) Nachbildungen des Gothaischen Gesetzes sind das Coburger Wassergesetz vom 7. Februar 1871, das Altenburger vom 18. October 1865, das Schwarzburg-Rudolstädter vom 7. Febr. 1868, des Reusser vom 6. April 1872.

[8]) Das Gesetz handelt auch von stehendem Wasser; ich lasse die desfallsigen Bestimmungen bei Seite.

worfen (§ 11 sqq.) wie im Baierschen Recht; aber drei Abweichungen sind von sehr grosser Tragweite:

a. Wenn ein Anlieger sein Nutzungsrecht nicht ausübt, so kann er von Andern expropriirt werden, nachdem ihm ein Jahr Frist behufs Ausübung seines Nutzungsrechts gestellt worden ist (§ 20).

b. Wenn ein Anlieger nach der Lage und Beschaffenheit seines Grundstücks sein Nutzungsrecht nicht ausüben kann, so können die Hinterlieger das Nutzungsrecht, und zwar unentgeltlich in Anspruch nehmen, vorausgesetzt nur dass sie ein Wasserleitungsrecht über die dazwischen liegenden Grundstücke erwerben (§ 19).

c. Alle Triebwerke und alle Stauvorrichtungen bedürfen der Genehmigung der Verwaltungsbehörde, und die Genehmigung setzt in allen Fällen ein öffentliches Aufgebot und Verhandlung mit etwaigen Widersprechenden voraus (§ 31 sqq.). Auch hat die über die Genehmigung entscheidende Verwaltungsbehörde nicht bloss das öffentliche Interesse wahrzunehmen, sondern die Einwendungen der Privaten zu prüfen (§ 28); und das Gesetz giebt namentlich die Vorschrift, dass rechtmässig bestehende Wassernutzungsanlagen (auch solche, welche sich auf eine nach vorgängigem Edictalverfahren ertheilte Concession stützen, § 21 a. E.) zu achten seien; concurriren aber mehrere Unternehmer von Wassernutzungsanlagen miteinander, so geht zunächst der Anlieger dem Hinterlieger vor, eventuell entscheidet die grössere nationalökonomische Bedeutung des Unternehmens, vorausgesetzt, dass nicht durch Vertheilung des Wassers nach Gebrauchszeiten allen Unternehmern Genüge geschehen kann (§ 21).

Diese Vorschriften sind von der grössten Tragweite. Die grösstmöglichste Ausnutzung des Wassers wird der Gesetzgeber dadurch erreichen, dass er den Wassernutzungsanlagen diejenige Sicherheit verschafft, welche das Kennzeichen des sonstigen Eigenthums ist. Wie ich schon oben gezeigt habe, fehlt diese Sicherheit z. B. nach Preussischem Recht jeder

Anlage, die nach dem Gesetz von 1843 errichtet ist; der oberhalb Liegende kann dem unterhalb Liegenden jeden Augenblick das ganze Wasser entziehen, und der letztere hat ein Expropriationsrecht gegen den ersteren überhaupt nicht, ausser in einem einzigen Fall (ein Unternehmen mit überwiegendem Landesculturinteresse gegenüber einem Triebwerk), und auch hier nur unter sehr erschwerenden Bedingungen. Das Baiersche Gesetz (Art. 62) enthält einen gewissen Fortschritt; es lässt die Expropriation allgemein zu, aber es lässt die erschwerenden Bedingungen bestehn. Nun lässt das Gothaische Gesetz auch die letzteren fallen, es giebt gegen jeden Anlieger ein Expropriationsrecht, welcher sein Wassernutzungsrecht nicht ausübt resp. nicht ausüben kann; ein jeder Unternehmer ist hierdurch in die Lage gebracht, falls die einzige vorgeschriebene Bedingung zutrifft, sein Unternehmen gegen zukünftige Beeinträchtigungen sicher zu stellen; wo die Bedingung nicht zutrifft, wird er das Unternehmen dort ausführen, wo sein Nutzungsrecht zureichend ist, entgegengesetzten Falles wird er es unterlassen. — Nicht minder schützend ist das Concessionsverfahren; alle irgend wie wichtigen Unternehmungen (alle Trieb- und alle Stauwerke) bedürfen der Concession, und diese wird nur ertheilt, wenn wohlerworbene Nutzungsrechte durch das neue Unternehmen nicht beeinträchtigt werden; darunter fallen nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ältere concessionirte Nutzungsanlagen. — Sehr gerecht ist die Bestimmung, dass unter gewissen Bedingungen (nämlich wenn der Anlieger sein Nutzungsrecht nicht ausüben kann) auch der Hinterlieger ein Nutzungsrecht am Wasser hat. Man bedenke doch, dass das fliessende Wasser von Natur einem ganzen Umkreise (dem Flussgebiet) angehört; von allen Seiten her erhält es seine Zuflüsse; warum soll es ausschliesslich dem Anlieger zu Gute kommen? — Wahrhaft geistvoll ist die Vorschrift, dass, wenn mehrere Concessionen nachgesucht werden und die Wassermenge nicht zureicht, zunächst eine Theilung nach den Gebrauchszeiten

versucht werden soll, falls aber dies nicht angeht, demjenigen Unternehmen der Vorzug gegeben werden soll, welches die grössere nationalöconomische Bedeutung hat; die Erledigung eines Collisionsfalles nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten, während der Gerechtigkeitsgesichtspunkt völlig im Stich lässt, verdient vollen Beifall.

Hinsichtlich der Zwangsrechte schliesst sich das Gothaische Gesetz (§§ 43—49, 77) im Wesentlichen dem Baierschen Gesetze an.

Hinsichtlich der Wasserschutzbauten folgt das Gothaische Gesetz (§§ 79—101) im Wesentlichen dem Weimarschen; neue legislatorische Gedanken finden sich nicht darin.

IX. § 11. Braunschweig.

Am 20. Juni 1876 ist ein Wassergesetz für Braunschweig ergangen, welches die Erhaltung, Veränderung und Benutzung der Gewässer behandelt. Unter Erhaltung versteht es die Erhaltung der Vorfluth und die zu diesem Zweck nöthige Auskrautung, Reinigung und — soweit dies zu diesem Zweck nöthig — Uferbefestigung. Unter Veränderung der Gewässer (ein neu aufgestellter Begriff) versteht es die Vertiefung, Erweiterung, Einengung, Geradelegung, Canalisirung; diese Materie lasse ich als ausser dem Bereich meiner Arbeit liegend bei Seite.

Braunschweig hat zwar schiffbare Gewässer, allein es macht die Schiffbarkeit nicht zum Eintheilungsgrund der Flüsse. Es nennt öffentliche Gewässer diejenigen Wasserzüge, welche sich in ihrem Laufe durch mehrere Feldmarken oder Gemarkungen erstrecken (§ 2), Privatgewässer die künstlichen Wasserleitungen, ferner Abflüsse aus Brunnen, Teichen u. s. w., solange sie das Grundstück, worauf sich letztere befinden, nicht verlassen haben, endlich diejenigen Wasserzüge, welche eine andere Feldmark oder Gemarkung nicht erreichen (§ 3).

Die öffentlichen Gewässer sind „ein der allgemeinen Be-

nutzung unterliegendes Gemeingut", die Privatgewässer gehören dem Grundeigenthümer. Es ist klar, dass dieselben Ideen, welche den Weimarschen und Oldenburger Gesetzgeber geleitet haben, auch in Braunschweig massgebend gewesen sind [9]).

I. Freigegeben an öffentlichen Gewässern ist (wie im Weimarschen) ein „unschädlicher" Gebrauch, nämlich der ohne besondere Vorrichtungen vorgenommene Gebrauch, durch welchen weder die Beschaffenheit noch der Lauf des Wassers verändert noch Jemand in seinen Nutzungsrechten gestört wird; was darunter zu subsumiren sei, ist schwer zu sagen [10]), denn wenn nach dem Weimarschen Gesetz darunter die Benutzung des Wassers zu Triften, Durchfahrten, Tränken, Schafwäschen fällt, so ist Alles dies nach dem Braunschweigschen von der ortspolizeilichen Erlaubniss abhängig (§ 56 Al. 2). Dahingegen ist zur Herstellung neuer oder zur Aenderung bestehender Vorrichtungen, durch welche der Lauf, die Gefällverhältnisse oder die Eigenschaften des Wassers erheblich verändert werden, die Verleihung durch die Staatsbehörde erforderlich (§ 56 Al. 3) und diese wird nach einem öffentlichen Aufgebot und nach einer Verhandlung mit den Widersprechenden ertheilt (§ 57 ff. 77 ff.); als Widerspruchsgrund genügt es, wenn das zum Betrieb eines berechtigten Werks in dem bisherigen Umfang nöthige Wasser demselben entzogen wird (§ 60 Ziffer 3). Also auch das Braunschweigsche Gesetz giebt allen bestehenden Werken diejenige Sicherheit, die wir bereits im Weimarschen Gesetz vorfanden. Concurriren mehrere Anträge auf Verleihung, deren Ausführung nicht durch Vertheilung des Wassers thunlich gemacht werden kann, so entscheidet zunächst (wie im Gothaischen Gesetz, die national-

[9]) Ueberdies ist an einzelnen Stellen die wörtliche Uebereinstimmung mit dem Weimarschen Gesetze vorhanden, vgl. §§ 50. 56 des Braunschweigschen Gesetzes und §§ 25. 26. 29 des Weimarschen.

[10]) Nach § 85 Al. 2 fallen darunter geringfügige Entwässerungsanlagen, zu deren Ausführung Zwangsrechte nicht beansprucht werden.

öconomische Bedeutung des einen oder anderen Unternehmens; das Gesetz giebt aber zugleich Vorschriften für den Fall, dass die Bedeutung derselben eine gleiche ist (solche fehlen bei Gotha); dann entscheidet vorerst das ältere Bestehen[11]), sodann die grössere Gebundenheit an einen bestimmten Ort (darin liegt eine Bevorzugung der landwirthschaftlichen Unternehmungen vor den gewerblichen), sodann die vollständigere Erreichung des Zwecks, endlich die mindere Belästigung dritter Personen (§ 59).

Zwangsrechte finden nach dem Braunschweiger Wasserrecht sowohl im Interesse der Bewässerung als auch in dem der Entwässerung, endlich aber auch zur Beförderung der Wohlfahrt einer oder mehrerer Gemeinden z. B. behufs Beschaffung des Trinkwassers oder des Wassers zu häuslichen Zwecken (§ 62—67. 86. 65). Die einzelnen Zwangsrechte stimmen mit denen des Preussischen Gesetzes von 1843 überein; nur in einem Punkte tritt eine Erweiterung ein: nicht allein ein Triebwerksinhaber (wie nach dem Preussischen Gesetze) sondern jeder Wassernutzungsberechtigte kann durch Ausübung des Zwangsrechts eine Beschränkung seines Rechtes (gegen Entschädigung) erleiden. Erwähnt wird als besonderes Zwangsrecht, dass, wenn eine Bewässerungsanlage durch ein Weiderecht unverhältnissmässig beeinträchtigt wird oder umgekehrt, der eine oder andere Theil die Ablösung des Weiderechts fordern kann (§ 64). Im Preussischen Gesetz von 1843 ist dieses Zwangsrecht deshalb übergangen, weil in dessen Geltungsgebiet die Weiderechte grossentheils in Folge der Agrargesetzgebung abgelöst worden sind. Ueber die Gewährung der Zwangsrechte resp. über die zu leistenden Entschädigungen entscheiden die Verwaltungsbehörden (§§ 78. 46).

II. Die Unterhaltung der öffentlichen Flüsse begreift die Auskrautung und Reinigung des Flussbetts sowie die Ab-

---

[11]) Dies bezieht sich offenbar auf den Fall, dass für ein bei Emanirung des Gesetzes bereits bestehendes Unternehmen die Verleihung nachgesucht wird.

böschung und Befestigung der Ufer, soweit dies für den regelmässigen Wasserabfluss erforderlich ist. Die Unterhaltung ist eine öffentliche Pflicht (§§ 13. 24), während die Uferbefestigung im Interesse der Erhaltung oder Sicherung der Grundstücke dem freien Belieben der Grundeigenthümer überlassen ist (§ 27 Al. 3). Die Unterhaltung der öffentlichen Flüsse liegt den Gemeinden resp. Gemarkungen ob (§ 14); benachbarte Gemeinden und Gemarkungen können aus besonderen Gründen zu einem Beitrag herangezogen werden (§ 15); innerhalb der Gemeinde resp. Gemarkung werden die Kosten auf sämmtliche Grundbesitzer vertheilt, jedoch mit einem Voraus zu Lasten derjenigen, welche an der Unterhaltung besonders interessirt sind; auch steht es den Gemeinden frei, auf statutarischem Wege einen anderen Vertheilungsmassstab einzuführen (§§ 20—22).

Was die Privatgewässer (im Braunschweigschen Sinn) betrifft, so ist schon oben bemerkt, dass sie als Zubehör der Grundstücke gelten, aber sie werden doch nicht als reine Eigenthumsobjecte behandelt, sondern

1. was die Benutzung betrifft, so erklärt das Gesetz (§ 87) sie für eine beschränkte im Hinblick „auf die Rechte der übrigen Wassernutzungsberechtigten und auf die aus der Beweglichkeit und Unentbehrlichkeit des Wassers hervorgehenden öffentlichen Rücksichten". Demgemäss darf der „Privateigenthümer" keine den Anderen beeinträchtigende Verunreinigung, keine Rückstauung noch Versumpfung fremder Grundstücke verursachen; er muss ferner das abgeleitete und unverbrauchte Wasser in das ursprüngliche Bett zurückleiten, bevor es ein fremdes Grundstück berührt, ausser wenn durch eine andere Ableitung den Uebrigen kein Nachtheil zugefügt wird; falls er das Wasser nicht selbst gebraucht, kann eine Verleihung nach denselben Grundsätzen (also auch mit denselben Zwangsrechten) wie bei öffentlichen Gewässern erfolgen; endlich findet auch ein gewisser Gemeingebrauch (Schöpfen, Baden, Waschen, Tränken) statt (§ 88).

2. Was die Unterhaltung betrifft, so liegt sie dem Eigenthümer resp. bei Gräben und Canälen dem Unternehmer ob; sie muss derartig erfolgen, dass die öffentliche Sicherheit der Grundstücke und Berechtigungen Dritter keiner Gefährdung oder Beeinträchtigung ausgesetzt werden (§ 49.)

X. § 12. Baden.

Das Badische Gesetz „die Benutzung und Instandhaltung der Gewässer betreffend“ ist die jüngste Wasserordnung in Deutschland; sie datirt vom 25. August 1876. Ihm voran ging am 13. Februar 1851 ein Gesetz über Be- und Entwässerungsanlagen, von dem berichtet wird, dass es sehr segensreich gewirkt habe.

Das Badische Gesetz hält nun zwar an der Eintheilung der Flüsse im Badischen Landrecht (übereinstimmend mit dem Code Napoléon: in schiff- oder flossbare und andere Wasserläufe) fest, allein bloss hinsichtlich der Benutzung der Flüsse, während es hinsichtlich der Instandhaltung zu einer neuen Eintheilung greift, und diejenigen Flüsse, welche im Staatsflussbauverband stehen, von den anderen unterscheidet.

I. Die Benutzung. Hinsichtlich der öffentlichen Flüsse (schiff- oder flossbare) gelten die nämlichen Grundsätze wie im Französischen Recht, d. h. zu ihrer Benutzung vermittels besonderer Anlagen oder zu Zwecken, welche die Eigenschaft des Wassers mittels Einleitung fremder Stoffe ändern, ist die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erforderlich; dieselbe kann aus Gründen des öffentlichen Wohls jederzeit ohne Entschädigung widerrufen oder beschränkt werden, nur kann die Verwaltungsbehörde bei der Genehmigung für den Fall des Widerrufs oder einer wesentlichen Beschränkung den Kostenersatz zusichern (Art. 1. 2). Hinsichtlich der Privatflüsse besteht ein gewisser Gemeingebrauch (Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen, Schöpfen); abgesehen hievon steht das Benutzungsrecht sowohl zur Bewässerung als zu gewerb-

lichen und anderen erlaubten Zwecken den Uferanliegern zu (Art. 7. 8), allein

a. die Benutzung muss in der Weise erfolgen, dass die Benutzungsrechte Dritter nicht beeinträchtigt werden, dass es vielmehr sämmtlichen Nutzungsberechtigten möglich ist, für ihre Grundstücke und Anlagen den thunlichsten Vortheil aus dem Wasser zu ziehn (Art. 9); deshalb muss jeder Besitzer einer Wassernutzungsanlage sich eine Zeitbestimmung hinsichtlich der Wasserbenutzung gefallen lassen, falls dies ohne nachhaltige Beeinträchtigung seines Betriebes möglich ist und dadurch für ein anderes Unternehmen ein erheblicher Vortheil erzielt wird; er muss ferner die Verbesserung einer mangelhaften Einrichtung der Zuleitungs- oder Stauanlagen sowie des Wasserwerkbaues gestatten, wenn dadurch eine Wasserverschwendung veranlasst wird (Art. 14—16).

b. Die Genehmigung der Verwaltungsbehörde ist erforderlich zu einer Wasserbenutzung, welche durch Einleitung fremder Stoffe die Eigenschaften des Wassers ändert, ferner zur Errichtung und wesentlichen Aenderung von Triebwerken und ihrer Zugehörden (wie Zu- und Ableitungskanäle), endlich zur Errichtung und wesentlichen Aenderung von Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen, wodurch der Lauf des Wassers mit Wirkung für dritte Grundeigenthümer oder Nutzungsberechtigte gehemmt, beschleunigt oder abgeleitet wird (Art. 23). Die Motive[12]) sprechen denn auch offen aus, dass „kleine Entwässerungs- und Leitungsgräben, Staubretter für Wiesen, Waschvorrichtungen u. dgl.“ ohne vorherige Erlaubniss errichtet werden können, alle übrigen Anlagen hingegen der Genehmigung bedürfen. Die letztere wird regelmässig erst nach einem öffentlichen Aufgebot und einer Verhandlung mit den Widersprechenden ertheilt; sie wird versagt oder an beschränkende Bedingungen geknüpft, wenn durch das Unternehmen das öffentliche Interesse gefährdet oder er-

---

[12]) Begründung S. 41.

hebliche Nachtheile, Gefahren und Belästigungen für die benachbarten Grundstücke oder für den Betrieb vorschriftsmässig errichteter Anlagen herbeigeführt werden würden (jedoch werden Einwendungen, die auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, der richterlichen Entscheidung überwiesen [13]). Art. 24 ff.

c. Es kann, wenn ein Uferanlieger sein Nutzungsrecht nicht ausübt, dasselbe von einem Andern (selbst von solchen, deren Grundstücke nicht unmittelbar am Ufer liegen) expropriirt werden, sofern der Erstere nicht binnen kurzer Frist (6—12 Monate) ein eignes Unternehmen mit Wasserbenutzung beginnt und der letztere ein Unternehmen von überwiegendem Interesse für die Landescultur oder Industrie beabsichtigt. (Art. 17—20). Es ist dies eine Bestimmung, die mit der Festsetzung des Baierschen Gesetz-Art. 62 zwar nicht den Worten, aber doch dem Inhalt nach harmonirt, so dass das Baiersche Gesetz als die Quelle angesehen werden muss.

In der Materie der Zwangsrechte findet sich im Badischen Gesetz ein Fortschritt; es giebt nämlich einige Zwangsrechte, welche nicht bloss im Landesculturinteresse (bei Ent- und Bewässerungen) sondern bei Unternehmungen irgendwelcher Art gefordert werden können: das ist das Recht auf Anschluss von Stauanlagen ans jenseitige Ufer und das Recht auf Mitbenutzung einer bereits vorhandenen Stauanlage eines Dritten (Art. 10. 11).

II. Die Instandhaltung. Hierunter versteht das Badische Gesetz zweierlei: die Sicherung des regelmässigen Wasserablaufs und die Schutzmassregeln gegen Uferangriff und Ueberschwemmung. Schon oben habe ich bemerkt, dass das Gesetz hier eine neue Eintheilung der Flüsse aufstellt; es unterscheidet solche, welche im Staatsflussbauverbande befindlich sind, und alle anderen Flüsse [14]). Im Staatsflussbau-

---

[13]) Diese letztere Bestimmung beruht auf dem § 19 der Reichsgew.-Ordn.

[14]) Die Unterscheidung stammt schon aus dem Flussbauedict vom 24. Mai 1816; vgl. die Begründung S. 51.

verbande befinden sich diejenigen Flüsse, welche eine dem Gesetz beigefügte Anlage namentlich aufführt; es ist dies der Rhein nebst sämmtlichen Nebenflüssen (Neckar, Main, Wuttach, Dreisam, Elz, Kinzig, Rench, Murg, Schlücht), ferner ein Nebenfluss des Neckar: die Enz, und ein Nebenfluss der letzteren: Nagold; endlich die Würm, über deren Mündung ich mich nicht habe unterrichten können. Man sieht, das Princip der Schiffbarkeit ist hiebei völlig aufgegeben. Die Aufnahme neuer Flüsse resp. Flussstrecken in den Verband sowie die Ausscheidung aus demselben geschieht durch das Staatsbudget (Art. 69). Bei den nicht im Staatsflussbauverband stehenden Flüssen liegt die Instandhaltung der Gemeinde ob; Nachbargemeinden, welchen die Instandhaltung zu besonderem Nutzen gereicht, können zu einem entsprechenden Kostenbeitrag herangezogen werden; innerhalb der Gemeinde werden die Kosten wie sonstige Gemeindeabgaben aufgebracht, sie können jedoch als „Socialausgabe“ (d. h. auf die nächst Betheiligten) umgelegt werden; Stauberechtigte können zu einer Vorausleistung herangezogen werden, welche der durch die Stauung bewirkten Erschwerung entspricht (Art. 61—64). Bei den im Staatsflussbauverband stehenden Flüssen besorgt der Staat die Instandhaltung, jedoch werden die betheiligten Gemeinden zu einem Beitrag herangezogen, welcher bei Rhein, Main und Neckar ein Drittel, überallsonst ein Fünftel der Kosten beträgt; Flussbauten, welche lediglich mit Rücksicht auf die Schiff- und Flossfahrt vorgenommen werden, fallen gänzlich dem Staat zur Last (Art. 70). Endlich findet sich eine besondere Bestimmung über „künstliche Leitungen und Anlagen, welche zur Benutzung oder Abhaltung eines fliessenden Gewässers dienen“; dieselben müssen nämlich von ihren Besitzern in solchem Zustande erhalten werden, dass die Eigenthums- und Benutzungsrechte Dritter nicht verletzt und das öffentliche Interesse nicht gefährdet wird; dieselbe Verpflichtung liegt den Eigenthümern von Strassen- und Eisenbahnanlagen ob, soweit dieselben fliessende Gewässer berühren (Art. 65).

XI. §. 13. Italienische Gesetzgebung.

Die Art. 427. 543. 544 des Italienischen codice civile schliessen sich in der Fassung an die Art. 538. 644. 645 des code Napoléon eng an, weichen aber in ihrem Inhalte durchaus von denselben ab. Ich erwähne dies, um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen.

Jene Artikel unterscheiden fiumi e torrenti einerseits und jede andere acqua che corre naturalmente e senza opere manufatte andrerseits, d. h. grössere Flüsse (seien sie perennirend oder nicht) und kleinere natürliche fliessende Gewässer. Diese heissen rivi, fossati (= kleiner Bach) und es wird ihnen eine indole privata zugeschrieben. Eine nähere Begrenzung der grösseren und kleineren Flüsse ist nirgends ausgesprochen; noch das neueste unten anzuführende Gesetz von 1865 sulle opere pubbliche Art. 55 spricht von minori corsi naturali di acque distinti dai fiumi e torrenti sulla denominatione di fossati, rivi e colatori pubblichi, sowie im Art. 96 von piccoli corsi d'acqua; es scheint, dass sich in der Praxis kein Bedürfniss einer näheren Bestimmung herausgestellt hat; vielleicht mag die Verwaltungsbehörde in Streitfällen den entscheidenden Ausspruch thun. — Als dritte Classe ergeben sich die künstlichen Wasserläufe.

I. Die Benutzung ist in folgender Weise geordnet. Die Ableitung des Wassers aus grösseren Flüssen (den öffentlichen Gewässern), die Errichtung von Mühlen oder anderen Werken an denselben erfordert entweder einen gesetzlichen Titel oder die Concession der Regierung [15]). Worin der gesetzliche Titel besteht, ist nicht gesagt; wahrscheinlich ist er Vertrag des Privaten mit dem Staat, Privilegium, Verjährung [16]).

[15]) Legge sulle opere pubbliche in data 20 Marzo 1865 art. 132. (Später citirt unter den Initialen O. P.)

[16]) Im Art. 540 des codice civile wird jedoch der Titel der Verjährung entgegengestellt.

Die Concession geschieht durch königliches Decret (O. P. 133), welchem eine Prüfung durch die Behörden sowie eine öffentliche Bekanntmachung und Verhandlung mit den Interessenten vorhergeht (O. P. 134). Bei der Concession werden namentlich die Schifffahrtsinteressen wahrgenommen, sie dürfen unter keiner Concession leiden (O. P. 140. 143. 147), concessionirte Schiffsmühlen können sogar zu diesem Zwecke entfernt werden (O. P. 148). Jede Concession geschieht für eine Gegenleistung, sei es einen jährlichen Canon oder einen einmaligen Kaufpreis (O. P. 133). Ueber das ganze Verfahren ist, wenigstens soweit es sich um Wasserableitung handelt, ein eignes Reglement am 8. September 1867 ergangen. Dasselbe bestimmt, dass der Regierungsingenieur die Ausführung der Arbeiten des Concessionars überwachen kann, und dass er sie nach ihrer Vollendung abnehmen, und, wenn sie der Concession entsprechen, ein Zeugniss darüber ausstellen muss; erst jetzt tritt der Concessionär in die Ausübung seines Rechts (Art. 23—25).

Die Benutzung der Flüsse von privater Natur (rivi) ist ebenso geordnet wie im Französischen Recht die der nicht schiffbaren Flüsse; nur dass der Grundeigenthümer das Wasser nicht bloss zur Bewässerung sondern auch zu industriellen Zwecken benutzen darf (C. C. 543). Auch die Bestimmung des Französischen Rechts findet sich wieder, dass in Collisionsfällen der Richter eine vermittelnde Entscheidung fällen und das Interesse des Ackerbaus und der Industrie mit der dem Eigenthum schuldigen Achtung versöhnen soll (C. C. 544).

Was die Zwangsrechte betrifft, so bestehen sie sowohl zu Gunsten von Wasserableitungen als von Entwässerungen, und zwar sind sie in beiderlei Hinsicht bereits durch den codice civile Art. 598 ff. eingeführt. Bei Wasserleitungen besteht das Zwangsrecht der serv. aquaeductus, und zwar in einem eminenten Umfange: per la necessità della vita o per usi agrarii od industriali (Art. 598), also aus gesundheitlichen, Landescultur- und industriellen Gründen. Nur ein einziges Deutsches Gesetz (das Schwarzburg-Sondershausensche) hat

für die industriellen Unternehmungen das gleiche Zwangsrecht eingeführt; alle anderen beschränken es auf Landesculturzwecke; die Italienische Jurisprudenz gewährt das Zwangsrecht sogar in dem Falle, dass Jemand das Wasser nicht für ein eignes Unternehmen leiten will sondern zu dem Zwecke, um fremden Grundstücken das Wasser zuzuführen, so dass für ihn die Wasserleitung selbst ein Speculationsobject ist [17]). Die Entschädigung besteht im Werthe des in Anspruch genommenen Erdstückes nebst einem Fünftel Zuschuss (C. C. 603). — Ausserdem besteht bei Wasserleitungen das Zwangsrecht, ein Wehr an die Ufer anzuschliessen (C. C. 613). — Bezüglich der Entwässerungen besteht zunächst dieselbe Legalservitut, welche im Gemeinen Recht mit der act. aquae pluv. arc. geltend gemacht wird (C. C. 536 sqq.). Es besteht aber ausserdem das Zwangsrecht, behufs der Trockenlegung oder Verbesserung der Grundstücke von denselben das Wasser (Ober- und Grundwasser) über die benachbarten Grundstücke nach einem Wasserlauf abzuführen (C. C. 609); sogar ein Dritter, der auf die Benutzung des Wassers ein Anrecht hat, kann in diesem Falle expropriirt werden (C. C. 612); die Eigenthümer der von Entwässerungsgräben durchschnittenen Grundstücke können sich dem Unternehmen anschliessen (C. C. 610). Die Entschädigung ist dieselbe wie bei Wasserableitungen aus einem Flusse.

II. Die Unterhaltung. Hier macht das obenerwähnte Gesetz vom 20. März 1865 sulle opere pubbliche Art. 92 ff. eine vierfache Eintheilung der Wasserläufe je nach dem Subject, welchem die Unterhaltung obliegt. Es werden Wasserläufe unterschieden, wo die Unterhaltung obliegt 1. dem Staat allein, 2. dem Staat in Concurrenz mit den Provinzen und den zu einem Consortium vereinigten Interessenten, 3. einem Consortium der Interessenten, 4. den Uferanliegern. Dem Staat allein liegen die Arbeiten ob, welche die Schiffbarkeit der Flüsse und die Erhaltung des Bettes der Grenzflüsse bezwecken.

[17]) Vgl. die Anm. 1. bei Calandra S. 156 f.

— Dem Staat in Concurrenz mit den Provinzen und der zu einem Consortium vereinigten Interessenten die Arbeiten längs der in Dämmen laufenden Flüsse, wenn sie für eine Provinz ein grosses Interesse haben, ferner alle Correctionen an den gedachten Flüssen, ferner die Unterhaltung der Schifffahrtscanäle, welche eine oder mehrere Provinzen interessiren. Der Staat trägt die eine Hälfte, von der anderen Hälfte trägt die Provinz ein Viertel, den Rest die Interessenten. — Dem Consortium der Interessenten liegen die Arbeiten ob zum Zweck der Uferbefestigung bei nicht in Dämmen laufenden Flüssen sowie diejenigen für die Dämme von solchen Wasserläufen, die nur für ein kleines Raumgebiet von Interesse sind. Staat und Provinzen tragen zu den von Consortien aufzubringenden Kosten bei, wenn sie einen Vortheil von den betreffenden Arbeiten haben. — Endlich die Uferanlieger haben diejenigen Dämme zu unterhalten, welche auf den Feldfluren sich hinziehen sowie diejenigen, welche zwar an den Ufern errichtet sind, aber nur für ein einziges oder wenige Grundstücke zur Abwehr des Wassers dienen; ferner haben sie für den ordentlichen Wasserlauf in den kleinen Flüssen zu sorgen. Zur Ausführung des Gesetzes erging am 11. Februar 1867 eine königliche Verordnung, welche die in die erste und zweite Categorie fallenden Gewässer aufzählt [18]). Später sind erweiternde Verordnungen ergangen [19]) (vgl. auch den Art. 17 des Gesetzes sulle opere pubbliche). Man sieht, dass das Gesetz die Uferbefestigung im Interesse der Erhaltung des Landes und die Reinigung des Flussbetts zum Zweck des ungehemmten Wasserablaufs nicht scheidet. Bei den künstlichen Wasserläufen scheint (abgesehen von den Schifffahrtscanälen) überhaupt keine Unterhaltungspflicht zu bestehen; bei Vorfluthgräben haben die Eigenthümer der oberhalb gelegenen Grundstücke wenigstens das Recht zur Uferbefestigung und zur Reinigung (C. C. 537—539).

---

[18]) Abgedr. bei Calandra S. 301—318.

[19]) S. dieselben bei Calandra S. 324 sqq.

XII. Critik der bestehenden Gesetzgebungen. Legislatorische Vorschläge.

I. §. 14. Eintheilung der Flüsse.

Das ist der Vortheil, welchen die vergleichende Jurisprudenz mit sich bringt: die Critik des Einen durch das Andere. Und zwar eine Critik, die sich nicht bloss negativ verhält, sondern zugleich neue Gedanken vorlegt. Eine Zeit, welche gesetzgeberisch so fruchtbar ist, wie die unsrige, kann diese Critik nicht entbehren; ein jeder Gesetzgeber muss vergleichende Jurisprudenz treiben; er gewinnt dadurch eine Fülle fremder Ideen, oder es treten ihm eine Anzahl Gestaltungen und Nüancen derselben Idee entgegen, und er wird selbst geschickter zur Production werden, wenn er es nicht vorzieht, unter den vorhandenen zu wählen oder einen aufgestellten neuen Gedanken fortzubilden. Aber auch der Wissenschaft steht es wohl an, dieser kritischen Thätigkeit sich hinzugeben; sie nimmt damit dem Gesetzgeber eine Vorarbeit ab, für welche ihr der letztere Dank zollen wird.

Bei der Lectüre meines Aufsatzes hat sich dem Leser gewiss die Ueberzeugung aufgedrängt, dass es kaum eine Materie giebt, in welcher die Gesetzgebungen so weit auseinandergehen als bezüglich der Wasserläufe. Ich sehe darin kein Uebel, sondern nur den Beweis, dass überall die Erkenntniss durchgedrungen ist, dass die Rechtsgrundsätze früherer Zeiten den fortgeschrittenen Wirthschaftsverhältnissen nicht genügen, und den ferneren Beweis, dass allseitig danach gestrebt wird, den neu aufgetauchten Bedürfnissen gerecht zu werden. Um genau zu sein, so dürfen wir dieses Streben in vollem Maasse erst den Gesetzgebungen der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts beilegen; die älteren Gesetzgebungen, namentlich das Allg. Preuss. Landrecht und der Code Napoléon haben sich wesentlich die Aufgabe gestellt, dem Zustand der Rechts-

unsicherheit, welcher durch die Naturrechtswissenschaft über die Länder gekommen war, ein Ende zu bereiten, und einen einheitlichen Rechtszustand herzustellen. Zu ihrer Zeit war die Aenderung der Wirthschaftsverhältnisse noch in den allerersten Anfängen. Die neueren Gesetzgebungen schlagen sofort bei der Grundfrage, nämlich bei der Frage, ob die Eintheilung in *schiffbare und nicht schiffbare Wasserläufe* beizubehalten sei, selbständige Wege ein. Diese Eintheilung gehört weder dem Römischen noch dem einheimischen Deutschen Recht an; sie steht zum ersten Male in der Constitution Kaiser Rothbarts; hier aber hat sie rein fiscalische Gründe, welche bei der veränderten Steuerverfassung unserer Zeit nicht mehr massgebend sein können. Es soll nicht bestritten werden, dass die Schifffahrt der höchste Nutzen ist, welchen ein Fluss gewährt, und schon das Römische Recht hat unter der Zustimmung aller modernen Gesetzgeber den Grundsatz aufgestellt, dass dem Schifffahrtsinteresse jede andere Benutzungsweise des Wasserlaufs weichen muss. Daraus rechtfertigt es sich aber nicht, den schiffbaren Fluss ganz anderen Grundsätzen zu unterwerfen wie den nichtschiffbaren; denn der schiffbare Fluss gewährt nicht bloss den Nutzen der Schifffahrt, er ist ein Factor der *allgemeinen* Cultur, er gestattet wie die anderen Wasserläufe Bewässerungen, Entwässerungen und industrielle Unternehmungen, und hinsichtlich dieser müssen bei beiden Flussarten dieselben Grundsätze aufgestellt werden. Dass das Preuss. Landrecht und der Code Napoléon an der Eintheilung festhält, darf nach dem oben Bemerkten nicht Wunder nehmen; auffallend ist, dass sie in zwei Gesetzen der neuesten Zeit, dem Baierschen und Badischen, wiederkehrt; aber, was das letztere betrifft, so habe ich schon im § 12 berichtet, dass darin bezüglich der Unterhaltung der Wasserläufe eine neue Eintheilung gemacht wird. Es ist von Bedeutung, dass in *allen übrigen modernen Gesetzen* die Schiffbarkeit nicht mehr als Eintheilungsgrund fungirt; ich muss hierauf näher eingehen.

Die Italienische Eintheilung ist (abgesehen von den torrenti) die Römische; es werden fiumi und rivi unterschieden. Ich habe schon in § 1 zugegeben, dass die Eintheilung an einem grossen Fehler leidet; sie muss zu allerhand Unbestimmtheit und desshalb zur Willkür Anlass geben. Dasselbe gilt von der durch die Französische Praxis aufgestellten dritten Classe der ruisseaux.

Die Deutschen hierher gehörigen Particulargesetzgebungen haben fast sämmtlich nach dem Vorgange Weimars ein und dieselbe Eintheilung aufgestellt; sie fassen nämlich alle fliessenden Gewässer zusammen, machen jedoch davon eine Ausnahme hinsichtlich der Abflüsse von Quellen, Teichen, Brunnen, so lange sie auf dem Grund und Boden des Eigenthümers der Quellen, Brunnen, Teiche fliessen [20]); die meisten fügen noch eine zweite Ausnahme hinzu: die künstlichen Wasserläufe. Die zweite Ausnahme bedarf keiner Erläuterung. Die erste stützt sich offenbar auf den Grundsatz des Civilrechts, dass Quellen, Teiche, Brunnen einen Theil des Grundeigenthums ausmachen, und dass daher auch die Abflüsse dem Verfügungsrecht des Grundeigenthümers unterliegen. Nun entspringt das fliessende Wasser in der Regel auf Privatboden; daher steht nach den gedachten Particulargesetzen auch der grösseste Fluss bei seinem Ursprunge im Privateigenthum, und er tritt aus demselben hinaus, sobald er ein neues Grundstück berührt. Da nun aber das Ursprungsgrundstück durch Rechtsgeschäfte in mehrere getheilt werden kann, und da umgekehrt durch Rechtsgeschäfte dem Ursprungsgrundstück neue hinzugefügt werden können, so folgt daraus, dass das im

---

[20]) Braunschweig § 3 erklärt als Zubehör diejenigen natürlichen Wasserzüge, welche eine andere Feldmark oder Gemarkung nicht erreichen. Wenn man bedenkt, dass die Eintheilung in Feldmarken und Gemarkungen rein auf Nützlichkeitsgesichtspunkten oder auf historischen Zufälligkeiten beruht, so wird man die Zuordnung der einer Feldmark oder Gemarkung angehörigen Flüsse zu den im Eigenthum stehenden verwerfen.

Eigenthum stehende Stück des Wasserlaufs einer fortwährenden Wandlung unterworfen ist: es kann kleiner und grösser werden. Hat der Gesetzgeber sich diese Consequenz klar gemacht und sie beabsichtigt? Und ferner: warum soll der Wasserlauf, sobald er ein zweites Grundstück betritt, einer abweichenden juristischen Beurtheilung unterworfen werdeu? Wenn der Boden, auf welchem er bisher floss, als Privatboden behandelt wird: warum soll dies nicht auch von dem weiteren Boden gelten? Kurz, ich gelange zu dem Schluss, dass diese Ausnahme einer Prüfung nicht Stand hält. Meines Erachtens darf man die fliessenden Gewässer nur in natürliche und künstliche theilen. Die künstlichen sind eine Benutzungsart der natürlichen; sie sind an die Stelle von Grundeigenthum getreten; sie können auch fernerhin als Eigenthum beurtheilt werden; dabei wird das Eigenthum zuweilen besonderen Beschränkungen unterworfen werden müssen (so bei Schifffahrtscanälen und ähnlichen Unternehmungen zu öffentlichen Zwecken), oder es wird wohl gar ein Verzicht auf das Eigenthum verlangt werden müssen (so bei Flussverlegungen), aber eines wie das andere wird nur selten erforderlich sein und desshalb bei künstlichen Wasserläufen die Eigenthumslehre im Ganzen intact bleiben. Die natürlichen Wasserläufe hingegen müssen in ihrem ganzen Lauf denselben Grundsätzen unterworfen werden, das Ursprungsstück darf nicht von den Eigenthumsgrundsätzen beherrscht sein; der Zusammenhang, in welchem dieses Stück mit dem weiteren Flusslauf steht, lässt es nicht zu, dass an ihm eine Herrschaft von der Fülle und Ausschliesslichkeit ausgeübt werde, wie sie das Eigenthum enthält; auch der „Eigenthümer" des Ursprungsgrundstücks muss sich einer bedeutenden Verunreinigung des Wassers enthalten, und er muss umgekehrt sich einen Rückstau seitens der unterhalb liegenden Grundeigenthümer gefallen lassen, wenn derselbe seinem Grundstück nicht Schaden bringt; das wird durch den Zusammenhang der Flusstheile bedingt.

Meine Ausführung ist auch gegen die Oldenburgische

Dreitheilung (öffentliche Gewässer des Staats, öffentliche Gewässer der Gemeinde und Privatwasserzüge) gerichtet. Verglichen mit der älteren Eintheilung in schiffbare und nicht schiffbare liegt darin ein Fortschritt; es spricht sich darin die Erkenntniss aus, dass der grösste Theil der bisherigen sog. Privatflüsse vielmehr dem öffentlichen Recht angehöre, ferner dass an gewissen öffentlichen Flüssen der ganze Staat, an anderen nur die Gemeinden ein Interesse haben — zwei Erwägungen, welche mir als wohlbegründet erscheinen. Hingegen den Oldenburgischen Privatwasserzügen — vorausgesetzt, dass ich sie im § 9 richtig interpretirt habe — kann ich vom legislatorischen Standpunkt aus keinen Vollwerth beilegen.

II. §. 15. Concessionsbetrieb oder freies Benutzungsrecht.

Ich lasse bei Seite, dass das zur Gesundheit von Menschen und Vieh erforderliche Schöpfen, Baden, Tränken, Schwemmen, sowie auf den schiffbaren Flüssen die Schifffahrt freigegeben ist. Ich wende mich vielmehr zu dem Hauptfall der Flussbenutzung: der Benutzung mittels Anlagen, es mögen dieselben ständig oder unständig (vorübergehende Stauanlagen) sein, sie mögen in der Ableitung von Wasser, in der Zuleitung von Stoffen, in Stauungen, in Mühlenanlagen bestehen. Der Zug der Gesetzgebung neigt entschieden zum Concessionsprincip hin. Die alten Gesetzgebungen verlangen die Concession bei den schiffbaren Flüssen kraft der Regalität überall, bei den nichtschiffbaren nur in wenigen Fällen (z. B. bei Mühlenanlagen). Dass die neueren Gesetzgebungen viel weiter gehen, ist in den Einzeldarstellungen überall hervorgehoben worden. Dass meine Neigungen gleichfalls auf der Seite des Concessionsprincips sind, habe ich schon mehrfach bemerkt. Der entscheidende Grund für mich ist die Rechtssicherheit. Kein Recht verdient seinen Namen, welchem nicht die volle Sicherheit der Existenz inne wohnt; ohne diese Sicherheit ist eine precäre Befugniss vor-

handen, welche nicht geeignet ist, die Grundlage einer dauernden Unternehmung, einer nachhaltigen Bewirthschaftung zu werden. Und nur das Concessionsprincip ist im Stande, die erforderliche Sicherheit zu verschaffen. Man nehme nur die Zustände, wie sie sich unter dem Preussischen Gesetz von 1843 über die Privatflüsse entwickelt haben. Der Müller klagt über den Wiesenberieseler und umgekehrt; aber ebenso klagt der Untermüller über den Obermüller und umgekehrt. Eine Unzahl von Unternehmungen sind, da es keiner Concession bedarf, errichtet worden, die unter einander unverträglich sind; der oberhalb liegende Müller staut zu einer Zeit, wo dem unterhalb liegenden Wiesenbesitzer das Wasser zur Berieselung am nöthigsten ist; und umgekehrt berieselt der oberhalb liegende Wiesenbesitzer zu einer Zeit, wo dies nicht die Cultur dringend verlangt, wo aber der unterhalb liegende Müller das Wasser zum Mahlen braucht; staut der Obermüller, so klagt der Untermüller, dass ihm das Wasser vorenthalten werde; staut der Untermüller, so klagt der Obermüller, dass durch die Stauung seine Mühle nicht gehen könne; ähnlich ein Berieseler über den anderen. Und keine Behörde kann den Leuten helfen; keine Behörde kann den Müller anweisen, zu der Zeit, wo der Wiesenbesitzer das Wasser braucht, eine Weile stille zu stehen; keine Behörde kann den Wiesenbesitzer zwingen, zu einer Zeit, wo nicht die Wiese, wohl aber der Müller des Wassers bedarf, die Berieselung zu unterlassen; keine Behörde hat die Befugniss, auf Anrufen des einen Müllers eine Regulirung der Stauung nach der Zeit oder nach der Wassermenge eintreten zu lassen, welche der andere Müller anerkennen müsste. Sondern Jeder macht, was er will, denn er hat das gute Recht dazu, es besteht nach jenem Preussischen Gesetz der Grundsatz der freien Wasserbenutzung für die Uferanlieger. Ist Jemand in der glücklichen Lage, allein das Wasser zu benutzen, so mag er sich davor hüten, auf diesen Umstand ein grosses Unternehmen zu gründen; denn ist dies geschehen, so kann über Nacht ein anderer oberhalb

oder unterhalb liegender Grundeigenthümer Einrichtungen treffen, welche das Unternehmen zu Grunde richten.

Die Folge des freien Benutzungsrechts ist entweder vollständiges Brachliegen der Wassernutzung oder ein Zustand des bellum omnium contra omnes; vermöge des Thätigkeitsdrangs der Menschen wird in der Regel die letztere Alternative eintreten.

Dass das Concessionsprincip die obenausgeführten Missstände nicht mit sich bringt, ist offenbar. Die Concession kann nur dann erfolgen, wo eine sachgemässe Ausübung möglich ist, und jede Behörde hat es in der Hand, in der Concession solche Bedingungen vorzuschreiben, dass bestehende Unternehmungen nicht verletzt resp. dass Massregeln getroffen werden, welche das Nebeneinanderbestehen der neuen Unternehmung neben der alten ermöglichen.

Das Concessionsprincip ist nicht einwandfrei. Ich denke mir, dass gegen dasselbe drei Einwendungen gemacht werden können.

Zunächst wird dem Concessionswesen auf dem Wasserrechtsgebiet wahrscheinlich dasselbe Misstrauen entgegengebracht werden, welches es in Deutschland allüberall sonst erfahren hat. Dieses Misstrauen muss indess verschwinden, wenn man sich an die §§ 16 sqq. der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 anschliesst. Dort ist in einer ganzen Reihe von Fällen (darunter auch in einem die Benutzung des fliessenden Wassers betreffenden Falle, nämlich bei Stauanlagen für Wassertriebwerke) das Erforderniss der Concession vorgeschrieben, gleichzeitig aber das bei der Gewährung resp. Versagung der Concession zu beobachtende Verfahren festgesetzt. Das Verfahren ist öffentlich; es beginnt mit einem Aufgebot sämmtlicher Interessenten; es folgt eine Verhandlung mit Allen, welche Einwendungen erhoben haben; es sind stets zwei Instanzen vorhanden, von denen die eine oder die andere collegialisch zusammengesetzt sein muss. Bei solchen Einrichtungen verliert das Concessionswesen alle Willkür, es ist ein

streng rechtliches Verfahren, das mit einem Erkenntniss schliesst. In der That haben die modernen Wassergesetze zwar nicht überall, aber doch in den meisten Fällen, wo sie die Concessionirung einführten (ich verweise auf die frühere detaillirte Darstellung), ein solches Verfahren vorgeschrieben, und damit die Bedenklichkeit des Concessionirens beseitigt.

Der zweite Einwand wird aus der Privilegien-Natur der Concession entnommen werden. Eine jede Concession ist ein Privilegium; das daraus entspringende Recht muss forthin geschützt, und es darf desshalb keine Concession später ertheilt werden, welche einer früheren widerspräche. So gelangt man denn zu dem Satze: prior tempore potior iure, der ältere Concessionär ist der allein berechtigte. Und nun entsteht die Frage: wie kommt er zu diesem Vorzugsrecht? Was hat er dafür gethan? Ich gestehe, dass die Frage wohlberechtigt ist und dass ihre Beantwortung mich fast in Verlegenheit setzt. Ich kann die Antwort nur ertheilen durch Heranziehung der analogen Erscheinung im Bergrecht: auch die Beleihung mit dem Bergwerkseigenthum erfolgt nach dem Grundsatz der Zeit. Aber der Bergwerkseigenthümer vergrössert zugleich durch den Bergbau den Nationalwohlstand und er leistet überdies die Bergwerkssteuer; nur, wenn beides auf den mit einer Wassernutzung Beliehenen zutrifft, ist die Concessionirung innerlich gerechtfertigt. Dass nun die Hebung des Wasserschatzes (wenn der Ausdruck gestattet ist) gleichfalls im Interesse des gesammten Volkswohlstandes liegt, wird keinem Widerspruch begegnen. Uebrig bleibt, dass jedem Concessionirten eine Gegenleistung an den Staat aufzuerlegen ist; dieselbe ist schon jetzt in den Staaten mit regalen Flüssen gebräuchlich, und wird auch in einigen modernen Wassergesetzen (ich verweise auf §§ 4. 6. 8) besonders erwähnt. Sie wird freilich anders als die Bergwerkssteuer eingerichtet werden müssen, welche sich nach der Masse der gewonnenen Mineralien richtet. Sie wird bei Flüssen aller Art stattfinden, denn (wie in § 14 nachgewiesen wurde) darf zwischen verschiedenen Arten kein

Unterschied gemacht werden; sie wird also auch bei den sog. Privatflüssen, an denen nach Particularrechten den Uferanliegern das Eigenthum zusteht, eingeführt werden müssen; hier wird sie den grössten Widerspruch erregen; ich komme hierauf sofort bei dem dritten Einwand zurück.

Dieser dritte Einwand gegen das Concessionsprincip wird dahin gefasst werden, dass darin eine Verletzung der Privatrechte liege. Nach dem Gemeinen Recht und den älteren Particularrechten steht den Uferanliegern an den nicht regalen Flüssen das ausschliessliche Nutzungsrecht zu. Man wird demnach sagen, der Uferanlieger bedürfe keiner Concession: höchstens zu dem Zwecke, um die Interessen des öffentlichen Rechts zu wahren, dürfe das Concessionsprincip Anerkennung finden, niemals aber dürfe die Concession verweigert werden, weil dadurch ein bereits bestehendes, auf Wassernutzung gegründetes Unternehmen beeinträchtigt werde. Dies ist der Standpunkt des Bairischen Rechts (oben § 7). Allein ich kann den Einwand nicht als begründet anerkennen. Der Inhalt des Eigenthums hängt von der Gesetzgebung ab: die Gesetzgebung kann ihn erweitern oder vermindern: letztrenfalls liegt kein Eingriff in iura quaesita vor: denn wohlerworbene Rechte sind nur solche, welche bestimmten Rechtssubjecten zustehen, nicht aber solche, welche ganz im Allgemeinen zukommen, welche Allen denjenigen zustehen, die in ein gewisses Rechtsverhältniss treten. Ueber letztere hat die Gesetzgebung volle Gewalt: sie kann m. E. gewisse Mineralien, die bisher als im Grundeigenthum liegend gelten, dem Eigenthum entziehen und der Verleihung unterwerfen, ohne dass der Grundeigenthümer berechtigt ist, deshalb eine Entschädigung zu verlangen; sie kann ebenso die Nutzung des fliessenden Wassers, welche bisher den Uferanliegern zustand, ihnen nehmen, ohne dass hierdurch ein Entschädigungsanspruch begründet würde. Mehrere moderne Gesetze haben denn auch das Recht des Uferanliegers beseitigt. Man vergesse doch nicht, wie precär dieses Recht ist: ich habe gezeigt, wie es

jeden Augenblick durch einen oberhalb — oder unterhalb gelegenen Grundeigenthümer beeinträchtigt, ja zerstört werden kann. Der Bairische und Badische Gesetzgeber hat dies wohl eingesehen, und hat deshalb dem Unternehmer unter gewissen Bedingungen ein Expropriationsrecht auf das den Nachbarn zustehende Wassernutzungsrecht eingeräumt; aber diese Bedingungen sind so schwer zu erfüllen (ein bedeutender, unzweifelhafter, ein überwiegender Nutzen für Landescultur oder Industrie), dass das Expropriationsrecht auf dem Papier steht. Will man an dem Recht des Uferanliegers festhalten, so muss man so weit gehen, als dies in Gotha § 20 geschehen ist (oben §. 10); dort kann jeder Anlieger, welcher sein Nutzungsrecht nicht ausübt, von jedem Anderen expropriirt werden, nachdem ihm ein Jahr Frist behufs Ausübung seines Nutzungsrechts gestellt worden ist. Ja, selbst diese Gothaische Bestimmung ist nicht genügend; sie kann zur Folge haben, dass die Wassernutzung in einer Unzahl kleiner, unwichtiger Unternehmungen verzettelt wird, welche unter einander unvereinbar sind und sich gegenseitig das Leben schwer machen.

Auf einen Widerspruch in den Gesetzgebungen von Gotha und Baden muss ich noch aufmerksam machen. Beide bekennen sich einerseits zum Benutzungsrecht der Uferanlieger (das Badische nur im Maasse des Französischen Rechts d. h. nur zu Landwirthschaftszwecken, vgl. oben § 6), andrerseits im grossen Umfange zum Concessionsprincip. Nun verordnen sie, dass in dem voraufgehenden Verfahren die auf Concession beruhenden Nutzungsrechte berücksichtigt und keine ihnen widersprechende Concession ertheilt werden soll. Darin liegt doch offenbar eine Vernichtung des Rechts der Uferanlieger; denn dem Uferanlieger wird die Concession versagt, wenn bereits eine Anlage vorhanden ist, für welche durch die gegenwärtig beantragte Concession erhebliche Nachtheile, Gefahren, Belästigungen entstehen würden. Ich kann mich nicht des Eindrucks erwehren, dass Gotha-Baden, was sie mit der einen Hand gegeben haben, mit der andren nehmen. Meines

Erachtens ist das Recht des Uferanliegers unvereinbar mit dem Concessionsprincip, es sei denn, dass man bei der Concessionirung lediglich das öffentliche Interesse berücksichtigt (wie Baiern). Giebt es aber nur eine Alternative, muss man sich entweder für das Recht des Uferanliegers oder für die Concessionirung entscheiden, so kann nach den obigen Ausführungen die Wahl nicht schwer fallen.

Nimmt man das Princip der Concessionirung an, so gelangt man zu einem Vortheil, von dem bisher noch nicht die Rede war: in den meisten Fällen wird zwar der Uferanlieger die Concession erhalten, aber nichts schliesst aus, dass nicht auch ein Anderer concessionirt werde, und bezüglich der Grundeigenthümer des gesammten Flussgebiets (Thalgebiets) ist es eine Anforderung der Gerechtigkeit, dass ihnen die Nutzung des Wasserlaufs nicht vorenthalten werde. Die Grundsstücke der Uferanlieger und Hinterlieger bilden das Flussgebiet; sie führen sämmtlich dem Fluss das Wasser zu; sie sämmtlich geben dem Fluss die Eigenschaften, die Kräfte, welche er besitzt. Ist es bei dieser Sachlage gerecht, die Nutzungen des Wasserlaufs bloss den Uferanliegern zu gewähren? Dabei verdient noch ein besonderes Moment hervorgehoben zu werden. Das Ufergrundstück beruht in seinem Umfang, in seinen Längen- und Breitenverhältnissen auf all jenen Zufälligkeiten, welche die Vertheilung der Grundstücke in der Reihe der Jahrhunderte beherrschen. Ich will mich klarer ausdrücken: Das Ufergrundstück ist bald gross bald klein, bald ein schmaler aber langer Saum längs des Ufers, bald mit geringer Uferbegrenzung aber weit in das Hinterland hineinreichend. So kann es sich denn ereignen, dass der Eigenthümer eines winzigen Grundstücks, wenn man vom Nutzungsrecht der Uferanlieger ausgeht, eine bedeutende Wassernutzung bezieht, und umgekehrt der Eigenthümer eines grossen Grundstücks eine sehr geringe. Ist dies der Billigkeit entsprechend?

Ich räume ein, dass man der Concessionirung nicht eine

unbegrenzte Ausdehnung geben darf; ich leugne nicht, dass es Fälle giebt, in welchen man von Concessionirung absehen muss. Ich rechne dahin Stauanlagen, deren Wirkungen sich nicht auf fremde Grundstücke hin erstrecken; ist Jemand der Eigenthümer eines grossen, von einem Fluss durchschnittenen Grundstücks, so mag er in der Mitte eine unconcessionirte Stauanlage errichten; er wird alsdann keinem Nachbar Grund zur Klage geben; nur insofern es sich um einen schiffbaren Fluss handelt, wird man von dem Erforderniss der Concession nicht abgehn dürfen. Ich rechne ferner dahin eine Entwässerungsanlage, welche den natürlichen Gefällverhältnissen gemäss geführt wird; eine solche Anlage ist nichts als die Concentrirung der nach den Gesetzen der Schwere und des Falles erfolgenden Entwässerung auf einen engen Raum. Ich rechne dahin eine Wasserableitung, welche den Wasserstand in einer für die Nachbarn nicht erheblich beschwerenden Weise verändert; vielleicht wird man, um die Unbestimmtheit der „erheblichen Beschwerung“ zu vermeiden, an der in mehreren modernen Gesetzen vorfindlichen Bestimmung festhalten, dass der abgeleitete Graben in das ursprüngliche Bett zurückgeleitet werden muss, bevor das letztere das Ufer eines fremden Grundstücks berührt. Ich rechne endlich dahin eine Waschvorrichtung. — — Diese Ausnahmen zugegeben, so wird man das Princip der Concessionirung nicht als eine beengende Fessel der Wirthschaft sondern als Sicherung der Vermögensverhältnisse empfinden, und man wird in jenen Ausnahmen mit viel grösserem Erfolge dasjenige Ziel erreichen, welches gewissen modernen Gesetzgebungen vorschwebte, als sie das Ursprungsstück des Wasserlaufs dem Eigenthümer des Ursprungsgrundstücks zusprachen.

III. § 16. Zwangsrechte.

Es ist schon hervorgehoben worden, dass das Römische Recht nichts davon auf dem Gebiet des Wasserrechts weiss, dass sich aber gerade hier eine bedeutende Productivität der

modernen Gesetzgebungen zeigt. Sie geben die Zwangsrechte (gemeinhin Expropriation genannt) aus Gründen des öffentlichen Wohls; zwei Materien aber existiren, in denen ein Privatrecht zur Expropriation befugt macht: das Berg- und das Wasserrecht. Wenn gleich aber an ein Privatrecht geknüpft, so ist doch die Expropriationsbefugniss nicht durch ein reines Privatinteresse motivirt; es ist das Interesse des Nationalwohlstandes, also ein gemeinwirthschaftliches Interesse, welches verlangt, dass die Schätze der Erdtiefen wie des Wassers möglichst intensiv gehoben werden.

Es müssen aber im Gebiete des Wasserrechts zwei Arten von Expropriationen (Zwangsrechten) unterschieden werden. Die erste ist gegen das Wassernutzungsrecht selbst gerichtet, die andre gegen das feste Land und die daran stattfindenden Rechte.

Was die erste Art betrifft, so findet sie sich in einigen modernen Gesetzen (Baiern, Gotha, Baden), welche zwar dem Uferanlieger das Wassernutzungsrecht geben, gleichzeitig aber die Hinterlieger nicht ganz davon ausschliessen, oder dem Uferanlieger ein grösseres Wassernutzungsrecht verschaffen wollen, als ihm kraft seiner Anliegerschaft zukommt. Stets wird vorausgesetzt, dass der Expropriat sein Wassernutzungsrecht nicht selbst ausübt; es wird ihm sogar eine Frist gesetzt, innerhalb welcher er seine bisherige Unterlassung nachholen kann; Gotha § 19 verlangt, dass, wenn ein Hinterlieger expropriiren will, der Anlieger das Expropriationsrecht nicht ausüben k a n n, und gewährt deshalb in diesem Falle dem Expropriaten keine Entschädigung. Ferner wird in Baiern § 62 und Baden § 17 vorausgesetzt, dass der Expropriant ein Unternehmen beabsichtigt, welches einen bedeutenden unzweifelhaften (überwiegenden) Nutzen für die Landescultur oder Industrie verspricht: Gotha §§ 19. 20 sieht von diesem Erforderniss ganz ab. — Sind meine Ausführungen in § 15 richtig, worin ich mich gegen dies Nutzungsrecht der Uferanlieger ausgesprochen habe, und wird in einer Wassergesetz-

gebung dieses Nutzungsrecht fallen gelassen, so ist das Expropriationsrecht überflüssig.

Die zweite Art der Zwangsrechte findet sich in allen modernen Gesetzen. Es gehört hierher namentlich das Recht, das Wasser über fremde Grundstücke ab- und zuzuleiten (in Gräben, Canälen, Drains), das Recht, ein Stauwerk an das gegenüberliegende Ufer anzuschliessen, endlich das Recht, den Rückstau des Wassers selbst in der Weise zu veranlassen, dass dadurch die oberhalb gelegenen Grundstücke versumpfen oder überschwemmt werden. Diese Art von Zwangsrechten giebt mir den Anlass zu einer doppelten Ausführung.

Zunächst ist zu bemerken, dass fast alle Gesetze die Zwangsrechte nur im Interesse der Landescultur d. h. zu landwirthschaftlichen Zwecken gewähren; nur zwei machen eine Ausnahme: das Schwarzburg-Sondershauser und das Italienische Gesetz; ersteres verlangt in § 31 ein volkswirthschaftliches Interesse, und bestimmt demgemäss im § 34, dass auch im Interesse der Industrie ein Zwangsrecht ausgeübt werden kann; letzteres giebt im Art. 594 des bürgerlichen Gesetzbuchs als die Voraussetzung der Zwangsrechte sanitäre Gründe, landwirthschaftliche und industrielle Interessen an. Das Braunschweiger Gesetz § 65 hebt ausser den Landesculturinteressen noch „die Beförderung der Wohlfahrt einer oder mehrerer Gemeinden, z. B. zur Anlage künstlicher Wasserleitung behufs Beschaffung des Trinkwassers oder des Wassers zu häuslichen Zwecken“ hervor; indess ist hier offenbar ein öffentliches Interesse im strengsten Wortsinn vorhanden, welches schon nach den regelmässigen Grundsätzen die Expropriationsbefugniss verschafft. Baden Art. 10. 11 gestattet den Anschluss einer Stauanlage ans jenseitige Ufer sowie die Mitbenutzung von Stauanlagen, ebenso Meiningen Art. 66 den Mitgebrauch von Stauwerken, ohne überhaupt ein Interesse irgend welcher Art zu erfordern.

Es bleibt nun die Frage zwischen dem Landescultur- und dem volkswirthschaftlichen Interesse zu beantworten, und ich

trage kein Bedenken, mich für die zweite Alternative zu entscheiden. Es wurde oben das Expropriationsrecht in Wassersachen als eine Ausnahme von den regelmässigen Expropriationsgrundsätzen hingestellt, und als Motiv hiefür das gemeinwirthschaftliche Interesse angegeben. Nun ist es kein Zweifel, dass das Landesculturinteresse ein gemeinwirthschaftliches ist, jede Wiesenbewässerung, jede Bodenentwässerung schafft eine grössere Menge von landwirthschaftlichen Produkten. Ebensowenig aber darf man zweifeln, dass, wer eine Fabrik anlegt, in welcher er tausend Arbeiter beschäftigen will, den Nationalwohlstand gewaltig hebt, dass er einer Gemeinde eine Nahrungsquelle erschliesst; kurz, sein Unternehmen ist von gemeinwirthschaftlichem Interesse. Bedarf er hiezu einer Wasser*kraft*, oder bedarf er einer Wasser*menge* (z. B. bei der Fabrication des Rübenzuckers oder von Ziegeln), oder bedarf er eines Canals, um die Abgänge abzuleiten, so halte ich vom gesetzgeberischen Standpunkte aus geboten, ihm die Zwangsrechte zu gewähren. Aber nicht bloss industrielle Interessen verdienen die Berücksichtigung; der Bergbautreibende ist ebenso zu begünstigen, und er bedarf der Zuleitung des Wassers ebensosehr, wie er umgekehrt die schmutzigen Bergwässer ableiten muss, und in der That giebt das Preussische Berggesetz von 1865, das zur Mutter von unzähligen deutschen Bergordnungen geworden ist, im § 135 dem Bergwerkseigenthümer das Expropriationsrecht zu Canälen, Wasserläufen, Teichen, zu Soolleitungen und Soolbehältern, endlich zu den (sehr oft mit Wasserkraft betriebenen) Aufbereitungsanstalten. Es verdient jedoch hervorgehoben zu werden, dass eine gewisse Strenge bei der Feststellung des gemeinwirthschaftlichen Interesses angemessen ist. Ein Unternehmen, das zwar sehr einträglich ist, aber bloss die Taschen des Unternehmers füllt, ist kein gemeinwirthschaftliches; es muss einen gemeinen Nutzen abwerfen; was darunter zu verstehen, ergeben die gebrauchten Beispiele; eine Definition dürfte schwer gelingen.

Die zweite Ausführung betrifft die Formulirung der die Zwangsrechte statuirenden Gesetze. Die Zwangsrechte haben sich allmählich entwickelt; zuerst bewilligte man den Zuleitungs- und Ableitungsgraben, dann den Anschluss eines Stauwerks ans jenseitige Ufer, dann den Rückstau mit der Wirkung der Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke, dann die Drainage u. s. w. Und so ist denn die Folge, dass sämmtliche Wassergesetze in dieser Materie Einzelheiten, und nichts als Einzelheiten bieten. Eine allgemeine Formulirung fehlt überall. Natürlich sind die Lücken unvermeidlich. Warum ist z. B. die Ueberschwemmung fremder Grundstücke kraft Zwangsrechts gestattet, warum nicht auch (vorausgesetzt das Vorhandensein eines überwiegenden gemeinwirthschaftlichen Interesses) die Versandung eines solchen? Warum kann bloss der Anschluss eines Stauwerks ans jenseitige Ufer gefordert werden, warum nicht auch die Abtretung desselben zu Correctionsarbeiten, z. B. um den Fluss im gemeinwirthschaftlichen Interesse zu verbreitern? Warum soll der Nachbar — immer das gemeinwirthschaftliche Interesse vorausgesetzt — sich nicht auch eine Verengerung des Flusses und das Anbringen einer künstlichen Alluvion an seinem Flussufer gefallen lassen müssen? Kurz, es thut eine principielle Formulirung Noth; sie allein ist im Stande allen Bedürfnissen gerecht zu werden.

IV. § 17. Unterhaltung der Wasserläufe.

Es ist schon bemerkt, dass, während dem Römischen Recht eine Unterhaltungspflicht unbekannt ist, die modernen Gesetzgebungen sich sämmtlich dazu bekennen. Freilich geschieht dies nicht immer von demselben Gesichtspunkt aus und deshalb nicht in derselben Weise.

Erstes Ziel der Unterhaltung eines Wasserlaufs ist sicherlich die Erhaltung der vierfachen Kraft, die dem fliessenden Wasser eigen ist. Diese Unterhaltung wird durch die Räumung (Auskrautung und Reinigung) bewirkt. Es kann

aber der Unterhaltung noch ein zweites Ziel gestellt werden: die Sicherung der Grundstücke gegen Uferangriff, Ueberschwemmung und Versumpfung. Diese Unterhaltung erheischt in der Regel ausserordentliche Arbeiten und Werke.

Man sollte nun erwarten, dass in den Gesetzgebungen entweder das erste Ziel allein oder vereint mit dem zweiten angestrebt würde; sonderbarer Weise giebt es aber Gesetzgebungen, welche bloss das zweite Ziel verfolgen (Weimar und Gotha).

Erklärlich ist es hingegen, dass viele Gesetzgebungen das zweite Ziel nicht behandeln. Es existiren nämlich in vielen Ländern besondere Deichordnungen; soweit aber diese das Land nicht schützen, ist ein Gesetz zur Abwendung von Uferangriff, Ueberschwemmung und Versumpfung von sehr zweifelhaftem Werth; denn die Lage der einzelnen Grundstücke und ihr Verhältniss zum Wasserlauf sind so mannigfaltig, die Bedrohung derselben durch den Fluss ist von so verschiedenem Maass, dass sich kaum gemeinsame Vorschriften für alle geben lassen.

Hauptgegenstand der Erörterung kann hiernach nur diejenige Unterhaltung der Wasserläufe sein, welche das erste Ziel verfolgt. Es handelt sich dabei um die Erhaltung eines geregelten Wasserlaufs, um die sog. Vorfluth im Flusse. Ich sage „um die Vorfluth im Flusse“, denn das Wort „Vorfluth“ wird auch noch in einem andren Sinne angewendet, nämlich dann, wenn ein Grundstück dem anderen die Vorfluth gewähren soll, mit andern Worten in derjenigen Materie, welche den Grundsätzen der act. aquae pluviae arc. untersteht.

Sofern nun die Unterhaltung der Wasserläufe deren Schiffbarkeit betrifft, so ist sie nach allen Gesetzgebungen die Pflicht des Staates; Baden Art. 70 al. 4 bestimmt, dass dies selbst dann gilt, wenn die Flussbauten auch anderen Zwecken (z. B. dem Uferschutz) dienen, vorausgesetzt nur dass sie lediglich mit Rücksicht auf die Schifffahrt vorgenommen werden.

Bezüglich der Unterhaltung der Wasserläufe zu anderen Zwecken gehen die einzelnen Gesetzgebungen in hohem Maasse auseinander. Die einen legen die Unterhaltungspflicht den Uferanliegern ob, andere allen Interessenten, entweder allein (Frankreich) oder in Gemeinschaft mit den Ufereigenthümern (Baiern), noch andere den Gemeinden, endlich noch andere (Baden und Italien) heben eine Reihe von grösseren (wenn auch nicht schiffbaren) Flüssen heraus, und weisen die Unterhaltungspflicht dem Staat in Verbindung mit den Gemeinden resp. mit den Interessenten zu. Des Ferneren ist zu bemerken, dass, wo die Gemeinden unterhaltungspflichtig sind, die Kosten entweder auf die sämmtlichen Grundbesitzer vertheilt oder wie die sonstigen Gemeindeausgaben aufgebracht werden.

Von diesen verschiedenen Principien ist dasjenige gewiss am unangemessensten, welches die Unterhaltungspflicht den Uferanliegern auferlegt. Zwar scheint es dort gerecht zu sein, wo die Gesetzgebung den Uferanliegern ein ausschliessliches Benutzungsrecht zuweist. Allein es ist zu bedenken, dass in gewissem Sinne alle Grundeigenthümer des Flussgebiets den Wasserlauf benutzen — was auch die Gesetzgebung verordnen mag: es entwässern nämlich alle Grundstücke in den Wasserlauf, und es muss also allen Grundeigenthümern an einem geregelten Wasserablauf gelegen sein. Dazu tritt der schon früher betonte Umstand, dass die Nutzung des Wasserlaufs oftmals zu der Uferlänge der einzelnen Grundstücke durchaus nicht im Verhältniss steht; legt man also dem Ufereigenthümer die Unterhaltungspflicht auf, so wird er bald zu viel bald zu wenig leisten. Endlich muss erwogen werden, dass selbst, wenn die Uferanlieger das ausschliessliche Nutzungsrecht haben, dennoch die Hinterlieger durch Verträge mit den Uferanliegern Benutzungsrechte erwerben können.

Diejenigen Gesetzgebungen, welche den sämmtlichen Interessenten die Unterhaltungspflicht auferlegen, scheinen auf den ersten Anblick das Rechte getroffen zu haben; die Unterhaltungspflicht erscheint hier als Correlat nicht des Nutzungs-

rechts, sondern der wirklichen Nutzung. Dennoch kann ich mich zu einer Billigung dieses Systems nicht verstehen. Denn es bietet zu den allerärgsten Willkürlichkeiten Anlass. Wer sind die Interessenten? In welchem Maasse sollen sie unterhalten? Auf die erste Frage antwortet die Französische Praxis: die Inhaber von Wassernutzungsanlagen, die Eigenthümer drainirter Grundstücke, die Communen mit Rücksicht auf den Gewinn, welchen die Gesundheitsverhältnisse der Einwohnerschaft aus der Fortschaffung von Unreinlichkeiten ziehen[21]). Aber es ist bereits bemerkt, dass auch die nicht drainirten Grundstücke an der Unterhaltung ein wesentliches Interesse haben. Auf die zweite Frage antwortet die Französische Gesetzgebung mit der Bestimmung, dass der Präfect das Maass und die Art der Räumung bestimmt; m. a. W. dieses System führt zu Präfectenwirthschaft.

Meines Erachtens darf die Unterhaltung nicht einzelnen Privatpersonen stückweise auferlegt werden. Die Räumung muss, wenn auch nicht im Ganzen, so doch im Grossen geschehen; dies bedingt der Zusammenhang der einzelnen Flusstheile. Auch darf man nicht vergessen, dass die Räumung nicht bloss im Interesse des Räumenden ist; es liegt nun aber in der menschlichen Natur (— wenigstens so lange die gegenwärtige Eigenthumsordnung die Grundlage der menschlichen Gesellschaft bildet —), dass nur das eigene volle Interesse im Stande ist, die energische Thätigkeit hervorzurufen. Eine Räumung durch die Uferanlieger resp. durch die sog. Interessenten wird immer eine mangelhafte sein.

Offenbar waren es diese Erwägungen, welche gewisse Gesetzgebungen veranlasst haben, die Unterhaltung der Wasserläufe in die Hände öffentlicher Körperschaften zu legen. Bei kleinen Wasserläufen ist die Gemeinde im Stande und berufen, die Unterhaltung auszuführen; bei grossen ist

---

[21]) Das erste Baiersche Gesetz Art. 47 lässt die Communen weg und nennt als Interessenten bloss die Eigenthümer von Triebwerken und Wasserleitungen.

sie unzweifelhaft nicht im Stande dazu, und es muss hier der Staat eintreten, wenngleich er berechtigt ist, einen Beitrag von den Gemeinden zu verlangen. Dabei entsteht noch die Frage, wie die Kosten innerhalb der Gemeinde resp. des Staates aufgebracht werden sollen, ob als Realsteuer von den Grundeigenthümern oder als Personalsteuer von sämmtlichen Steuerpflichtigen. Bezüglich des Staates sind alle Gesetzgebungen für die Personalsteuer, bezüglich der Gemeinden variiren sie; ich glaube, dass überall die Personalsteuer am Platze ist. Denn es ist ungerechtfertigt anzunehmen, dass die Unterhaltung lediglich im Interesse der Grundeigenthümer liegt, und lediglich den Grundstücken Vortheil bringt. Der Fluss dient nicht bloss zur Ent- und Bewässerung der Grundstücke; sondern einerseits schafft er das ganze Wasser von Wirthschaft und Gewerbe hinweg, andrerseits verschafft er der Wirthschaft und dem Gewerbe einen grossen Theil desjenigen Wassers, dessen sie bedürfen; ganz zu geschweigen von dem Gemeingebrauch, welcher an allen Wasserläufen gestattet ist. Dies drängt mit Nothwendigkeit dahin, die Unterhaltungskosten wie die übrigen Gemeindeausgaben aufzubringen. Selbstverständlich müssen diejenigen, welche einen besondren Nutzen vom Wasserlauf ziehen, d. h. die Inhaber von Triebwerken, Stauwerken, verunreinigenden Fabriken, drainirten Grundstücken zur Leistung eines Präcipuum angehalten werden. Noch eine andere Ausgleichung muss erfolgen. Die Bildung der Gemeinden geschieht nicht im Anschluss an die hydrographischen Verhältnisse, und es geschieht deshalb oft, dass ein dem einen Gemeindebezirk angehöriger Wasserlauf zumeist den Zwecken einer benachbarten Gemeinde dient; es ist klar, dass es ungerecht ist, die Unterhaltung gänzlich der ersteren Gemeinde aufzuerlegen. Es ist ferner bekannt, dass die starke Benutzung eines Wasserlaufs in der einen Gemeinde die Unterhaltungslast selbst in der Nachbargemeinde erhöht. In vielen Gesetzen ist deshalb verordnet, dass die Nachbargemeinde zur Leistung eines Beitrags herangezogen werden

kann. Vielleicht empfiehlt sich aber die Bildung eines aus mehreren Gemeinden bestehenden Unterhaltungsverbandes; denn es ist klar, dass die mit zu den Kosten beitragende Gemeinde auch bei der Ausführung der Unterhaltung ein Wort wird mitreden wollen, und diesem Anspruch kann allein durch Bildung grösserer Unterhaltungsverbände ein Genüge geschehen. — —

Ein zweiter der Erörterung bedürftiger Punkt sind die sog. Schauordnungen. In einer Reihe von Gesetzen werden zur Ueberwachung der Unterhaltung besondere, auf eine oder mehrere Gemeinden beschränkte Behörden eingeführt; sie werden gewöhnlich aus den Privatleuten genommen, aber sie werden mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgerüstet. Sie haben zu gewissen Zeiten Schauungen der Ufer vorzunehmen und die Mängel der Unterhaltung zu constatiren, eventuell werden auch Nachschauungen abgehalten, um festzustellen, ob den Mängeln abgeholfen ist.

Unter einer Gesetzgebung, welche die Unterhaltungspflicht Privatleuten (sei es den Uferbesitzern oder den Interessenten) auferlegt, werden diese Schauungen von sehr wohlthätigem Einfluss sein; sie enthalten ein Stück Selfgovernment, das mehr wie das Beamtenthum geeignet ist, auf dem Wege der Güte eine bedeutende Wirksamkeit zu entfalten. Hingegen bin ich völlig ausser Stande, mir solche Schauorgane unter einer Gesetzgebung zu denken, welche die Unterhaltung in die Hände von öffentlichen Körperschaften (Gemeinde, Staat, Unterhaltungsverbände) legt; eine öffentliche Körperschaft kann nicht füglich durch Privatpersonen controlirt werden; sie steht in ihrer gesammten Thätigkeit unter der Aufsicht von Staatsbehörden, und auch ihre Thätigkeit bezüglich der Unterhaltung von Wasserläufen fällt hierunter. Diese Argumentation hat bereits in den Gesetzgebungen Anerkennung gefunden; das Braunschweigsche und das Badische Gesetz, welche beide die Unterhaltung zur Pflicht von öffentlichen Körperschaften machen, kennen beide keine Schaucommissionen mehr.

V. § 18. Verunreinigung des Flusswassers.

Es handelt sich um eine brennende Tagesfrage. Die Industrie erhebt mit jedem Tage lauter den Anspruch, das von ihr gebrauchte und mit unzähligen Stoffen vermischte Wasser in die Flüsse zu immittiren. In neuester Zeit wird der gleiche Anspruch von den städtischen Communen erhoben, welche eine Canalisation ausführen, und welchen, da sie erst in einer gewissen Entfernung von der Stadt das Canalisationswasser einmünden lassen, die Verunreinigung des Flusses gleichgiltig ist.

Vergleicht man die Bestimmungen, welche sich in den modernen Gesetzgebungen über die vorliegende Materie finden, so hat man meines Erachtens allen Anlass, unzufrieden zu sein. Sie leiden an einem doppelten Fehler. Zum Theil verhalten sie sich den vorhandenen Bedürfnissen gegenüber völlig ablehnend, sie verbieten jede Verunreinigung des Flusses, ohne zu bedenken, dass sie damit eine der bedeutendsten Quellen des Volkswohlstandes abschneiden. Zum Theil sind sie so unbestimmt gefasst, dass sie der Willkür der Behörden den weitesten Spielraum öffnen.

In die erste Classe stelle ich das Weimarsche und das Braunschweigsche Gesetz. Nach Weimar § 26 ist derjenige ohne besondere Vorrichtungen vorgenommene Gebrauch des fliessenden Wassers als unschädlich freigegeben, durch welchen die Beschaffenheit des Wassers nicht wesentlich verändert wird; es folgt daraus, dass jede wesentliche Aenderung der Beschaffenheit des Wassers verboten ist. Unter den Strafbestimmungen wird im § 73 eine Strafe gegen denjenigen verordnet, welcher an einem anderen als dem polizeilich bestimmten Orte ein fliessendes Gewässer zu Gewerbs- und Wirthschaftszwecken gebraucht; daraus möchte man folgern, dass die Polizei auch eine Benutzung gestatten darf, welche eine wesentliche Aenderung der Beschaffenheit des Wassers veranlasst; indess wird diese Befugniss in dem Gesetze der

Polizei nirgends ausdrücklich beigelegt. — Nach dem Braunschweigschen Gesetz § 60 darf keine Verleihung geschehen, wenn dadurch eine Verunreinigung des Wassers in einer für berechtigte Gebrauchszwecke schädlichen Weise herbeigeführt wird; es liegt auf der Hand, dass immer „berechtigte Gebrauchszwecke“ existiren, welchen eine Verunreinigung des Flusswassers schadet.

In die zweite Classe stelle ich alle übrigen Gesetze. Am unbestimmtesten gefasst sind:

Baiern (Erstes Gesetz Art. 58: die Benutzung des Wassers zum Betriebe von Gerbereien, . . . und zu anderen Bestimmungen, durch welche die Eigenschaften des Wassers auf schädliche Art verändert werden, unterliegt der besonderen Bewilligung und Beschränkung durch die Verwaltungsbehörde).

Gotha § 30 (fast wörtlich mit Baiern übereinstimmend).

Oldenburg (Art. 16 § 1: jede Benutzung, welche das Wasser verdirbt, ist verboten, es sei denn dass solche zu gewerblichen Zwecken geschehe, in welchem Fall eine amtliche Regelung der Benutzung des Wassers, soweit erforderlich, einzutreten hat. Ferner Art. 17 § 2: die Abführung von solchem Wasser, welches für den Gemeingebrauch, die Fischerei oder die landwirthschaftliche Benutzung schädliche Stoffe enthält, kann vom Amte untersagt werden).

Nirgends ist in diesen Gesetzen bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erfolgen darf resp. muss. Nur zwei Gesetze giebt es, welche in dieser Beziehung eine Ausnahme machen: das Preussische Gesetz von 1843 und das Badische; freilich sind auch sie unpräcis gefasst. Nach dem Preussischen Gesetz § 3 darf das zum Betrieb von Gerbereien, Färbereien, Walken und ähnlichen Anlagen benutzte Wasser keinem Flusse zugeführt werden, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Belästigung des Publicums verursacht wird. Nach dem Badischen Gesetz Art. 25 ist die Genehmigung zu versagen bei Gefährdungen

oder Belästigungen der Allgemeinheit, wozu namentlich die Schmälerung des für die häuslichen Zwecke nothwendigen Wasserbedarfs zu rechnen ist. In beiden Gesetzen ist der richtige Gesichtspunkt vorhanden; nicht darauf kommt es an, ob das Wasser verändert, wesentlich, erheblich, schädlich verändert wird, sondern darauf, wie sich der Wasserbedarf nach der Veränderung stellt. Sind z. B. an einem Orte zwei Flüsse vorhanden, so mag immerhin der eine zu industriellen Zwecken benutzt und sein Wasser verdorben werden, vorausgesetzt dass der andre Fluss dem Wasserbedarf genügt. Dabei ist es jedoch erforderlich, den Wasserbedarf genauer zu begrenzen; die Worte des Preussischen Gesetzes „der Wasserbedarf der Umgegend" sind höchst unpräcis; besser ist die Badische Bezugnahme auf das für häusliche Zwecke nothwendige Wasser, und nur das scheint mir an dem letzteren Gesetz zu tadeln, dass dieser Fall bloss als Beispiel angeführt wird, mithin dem Ermessen der Behörde ein allzu weiter Spielraum gelassen ist. Meines Erachtens dürften folgende Vorschriften zu geben sein:

1. Jede Verunreinigung ist verboten, wenn dadurch das zum Leben für Menschen und Vieh erforderliche Wasser entzogen oder vermindert wird, oder wenn das verunreinigte Wasser solche Dünste oder Gerüche verbreitet, dass darunter das Leben von Menschen und Vieh leidet. Der Ausdruck geht über die „häuslichen Zwecke" (in Baden) hinaus; er umfasst auch das Vieh; die Gründe zu dieser Erweiterung liegen auf der Hand.

2. Ist das Leben von Menschen und Vieh gesichert, so stehen sich nunmehr bloss verschiedene Zwecke derselben Art gegenüber; die eine Industrie resp. Landwirthschaft verlangt reines Wasser, die andere Industrie resp. der Bergbau verlangt die Befugniss, das Wasser zu verunreinigen. Auch ein Canalisationsunternehmen rechne ich hierher; denn, wie die Sache heut steht, ist die Canalisation bloss eine bequemere Art der Entfernung von Abfallstoffen. Hier muss eine Ab-

wägung erfolgen und dem bedeutenderen volkswirthschaftlichen Element der Vorzug eingeräumt werden; und es ist sehr wohl denkbar, dass in dem Landwirthschaft treibenden Oldenburg ganz andere Grundsätze gelten als in dem industriellen Sachsen oder am Rhein. Die Abwägung muss durch die Verwaltungsbehörde erfolgen; ohne ihre Erlaubniss ist jede Verunreinigung verboten; sie darf bei Ertheilung der Erlaubniss oder später vorschreiben, welche Vorkehrungen von dem Unternehmer getroffen werden müssen, um die nachtheiligen Folgen der Verunreinigung möglichst zu vermindern z. B. die Anlegung von Klärteichen; solche Vorkehrungen sind schon jetzt überall üblich.

Es entsteht die Frage, wie es mit den bereits bestehenden, das Flusswasser verunreinigenden Anlagen zu halten sei. Der oben unter 1 aufgestellte Grundsatz muss meines Erachtens auch diesen Anlagen gegenüber zur Ausführung kommen; sie müssen weichen vor der Gefährdung des Lebens von Menschen oder Vieh, und zwar ohne Entschädigung; damit geschieht ihnen kein Unrecht, es wird vielmehr bloss demjenigen Unrecht, welches in ihrem Bestehen liegt, ein Ende gemacht. Hingegen der Grundsatz unter 2 kann den bestehenden Anlagen gegenüber nicht angewendet werden; die Thatsache ihrer Existenz verschafft ihnen ein Recht zur Existenz, und sie brauchen nicht vor Anlagen von gleichem Wesen, wenn auch von grösserer Bedeutung zu weichen; die Verwaltungsbehörden können jedoch auch hier den Eigenthümern Vorkehrungen vorschreiben, wie sie oben gedacht worden sind.

VI. § 19. Vermittelnde Anordnungen der Behörden. Die partes pro diviso.

Eine Vorschrift des code Napoléon und des Baierschen Gesetzes (und der ihnen folgenden Legislationen) hat mir den höchsten Beifall abgewonnen; ich meine die über vermittelnde Anordnungen der Behörden; es liegt darin die Weiterbildung

eines bisher von der Wissenschaft völlig vernachlässigten Rechtsbegriffs: der pars pro diviso.

Der code Napoléon giebt den Uferanliegern das Nutzungsrecht an Privatflüssen zu landwirthschaftlichen Zwecken, das Baiersche Gesetz erklärt die Privatflüsse sogar als Zubehör der Ufergrundstücke. Wenn nun mehrere Uferanlieger von ihrem Rechte Gebrauch machen, und unter ihnen eine Collision eintritt[22]), so wird eine vermittelnde Anordnung nach Französischem Recht vom Richter, nach dem Baierschen von der Verwaltungsbehörde getroffen. Abgesehen von Localverordnungen und Herkommen soll die vermittelnde Anordnung nach dem Code in der Weise geschehen, dass das Interesse des Ackerbaus mit der dem Eigenthum geschuldeten Achtung versöhnt werde, nach dem Baierschen Gesetz mit möglichster Berücksichtigung der bestehenden Rechte.

Nach den gemeinen Collisionsgrundsätzen entscheidet unter mehreren Collidirenden zunächst die Prävention; sofern jedoch der Eine dem Anderen nicht prävenirt, beschränken sie sich gegenseitig. Der letztere Grundsatz kann bei der Benutzung des fliessenden Wassers nicht in Anwendung kommen, denn hier ist eben ein Jeder in der Lage, dem Anderen zu präveniren.

Zu welchen unerträglichen Zuständen die Prävention bei der Benutzung des fliessenden Wassers führt, ist in der gegenwärtigen Abhandlung mehrfach dargestellt worden. Umsomehr drängt sich die Frage auf, ob dieser Grundsatz hier juristisch gerechtfertigt ist.

Ich trage kein Bedenken, dies zu verneinen; *denn mehrere Wassernutzungsberechtigte stehen in einer Gemeinschaft, und zwar in einer Gemeinschaft nach partes pro diviso.*

Die Gemeinschaft nach partes pro diviso ist ein unserer Rechtswissenschaft völlig unbekannter Begriff. Das kommt daher, weil die pars pro diviso in unseren Lehrbüchern nur

---

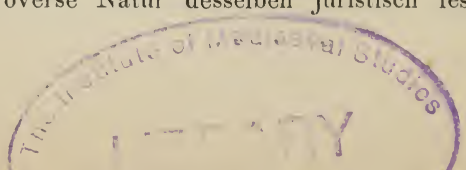
[22]) Nach dem Baierschen Gesetz nur bei Veränderung des Wasserstandes.

stiefmütterlich behandelt wird. Man beschränkt sich darauf zu erklären, welche Sachen reell theilbar sind, man fügt hinzu, dass die reelle Theilung auch unter Wahrung des körperlichen Zusammenhanges der Theile erfolgen kann, man schliesst mit der Behauptung, dass nach vollzogener Theilung eine Mehrheit selbständiger Sachen vorhanden ist.

Es mag sein, dass alles dies in den Quellen des Römischen Rechts enthalten ist, aus welchem wir gewöhnt sind, die allgemein giltigen Rechtsbegriffe zu entnehmen. Aber wenn nicht schon die Natur der Dinge, so nöthigen uns jedenfalls unsre Erfahrungen, eine Correctur eintreten zu lassen. Ich behaupte von den Theilen der Erde, dass es unrichtig ist, sie als eine Mehrheit selbständiger Sachen aufzufassen, es besteht vielmehr auch nach der Theilung unter ihnen ein Zusammenhang, welcher sich in mehreren Rechtssätzen kund giebt; diese Rechtssätze zeigen sich beim Grundeigenthum, beim Bergwerkseigenthum, bei der Benutzung des fliessenden Wassers.

Beim Grundeigenthum besteht das sogenannte Nachbarrecht. Schon der Name besagt, dass es auf dem Zusammenhang der Grundstücke beruht. Die Theilung der Grundstücke und ihre Zuweisung an verschiedene Eigenthümer widerspricht der natürlichen Einheit des Bodens; so nützlich sie sein mag, so liegt darin ein Hinwegsetzen über die Natur der Dinge; die einzelnen Grundstücke sind nicht selbständige Sachen, sie beeinflussen sich gegenseitig und sie hängen von einander ab. Dem musste bei der Constituirung des Grundeigenthums Rechnung getragen werden; deshalb schuf man das Nachbarrecht, man setzte fest, inwieweit der eine Nachbar berechtigt sein soll, das Grundstück des Anderen zu beeinflussen, und umgekehrt inwieweit er von ihm abhängig sein solle.

Die neuere Zeit führte zu dem sogenannten Bergwerkseigenthum. Es liegt nicht in der Aufgabe dieser Erörterung, die controverse Natur desselben juristisch festzustellen. Es



genügt festzuhalten, dass nach unserem Recht ein Recht an der Oberfläche und ein anderes an den in der Tiefe befindlichen Mineralien unterschieden wird. Es ist klar, dass diese beiden mit einander in Conflict treten können, und man hat diesen Conflict nach Rechtsgrundsätzen geordnet, welche von den gemeinen völlig abweichend sind. Um nicht weitläufig zu sein, theile ich kurz die Bestimmungen der §§ 148 ff. des Preussischen Berggesetzes von 1865 mit, welche die Ueberschrift tragen: „von dem Schadensersatz für Beschädigungen des Grundeigenthums". Danach kommt der Bergwerkseigenthümer für allen Schaden auf, welcher dem Grundeigenthum oder dessen Zubehör durch den Betrieb des Bergwerks zugefügt wird; *er kommt selbst dann dafür auf, wenn er nicht in culpa ist, selbst dann, wenn er die Beschädigung nicht voraussehen konnte, selbst dann, wenn das beschädigte Grundstück nicht oberhalb, sondern seitwärts von dem betriebenen Bergwerk belegen ist.* Die ganze lex Aquilia ist hier durch den Zusammenhang, in welchem die Erdoberfläche und das Bergwerk stehen, über den Haufen geworfen.

Endlich wende ich mich zur Benutzung des fliessenden Wassers. Wenn die Beziehungen mehrerer Grundeigenthümer durch das Nachbarrecht geregelt werden, so muss offenbar ein Gleiches auch für mehrere Wassernutzungsberechtigte geschehen. Denn sicherlich soll der zu einer Nutzung des fliessenden Wassers Berechtigte bloss einen Theil des Flusses benutzen; das gilt vornehmlich nach denjenigen Gesetzen, welche dem Uferanlieger das Nutzungsrecht zusprechen; aber auch nach dem Concessionsprincip wird man mir gewiss das Gleiche zugeben. Nun bildet aber der Fluss eine Einheit, dessen Theile vermöge der Flüssigkeit des Wassers in fortwährendem Zusammenhange stehen; der oberhalb liegende entzieht dem unterhalb liegenden durch Schöpfen und Ableiten das Wasser, durch Verunreinigung macht er ihm die Benutzung vielfach unmöglich, der unterhalb liegende schmälert

durch Stauen die Triebkraft bei dem oberhalb liegenden. Jede Wassernutzung reicht weit in den Raum hinein, welcher einem andren Wassernutzungsberechtigten zugewiesen ist; es giebt Stauanlagen, welche meilenweit nach oben und unten Einfluss üben. Ich glaube, diesem Verhältniss keinen adäquateren Ausdruck geben zu können, als indem ich sage: sie benutzen Alle den ganzen Fluss, aber nach partes pro diviso; zwischen ihnen Allen besteht eine communio nach partes pro diviso. Ist dem so, dann sind wir nicht auf die gemeinen Collisionsgrundsätze angewiesen, dann gilt nicht der egoistische, den Zufall begünstigende, die Gerechtigkeit bewältigende Grundsatz von der Prävention. Dann muss vielmehr eine Ausgleichung gesucht werden, welche nach einem vernünftigen Maassstabe Jedem etwas zutheilt, welche vermittelnde, versöhnende Maassregeln trifft, um Jeden in seinem Nahrungsstande zu unterstützen.

Ich meine damit namentlich die Vertheilung des Wassers nach der Zeit und nach dem Maass sowie ferner gewisse Voranzeigen.

Die Vertheilung des Wassers nach der Zeit findet sich in alten und neuen Gesetzen angedeutet, wenngleich nur in äusserst schwachem Grade. Sehr oft ist verordnet, dass die Mühle von Sonnabend Abend 6 Uhr bis Sonntag Abend 6 Uhr stillstehen müsse, und dass inzwischen das Wasser zu Berieselungen verwendet werden dürfe. Diese Vorschrift verdient erweitert zu werden. Man bestimme, dass die Verwaltungsbehörden in gewissen Jahreszeiten (die nach den Gegenden verschieden sein werden) den Müllern einen längeren Stillstand auferlegen können zum Besten der Wiesenberieseler.

Die Vertheilung des Wassers nach dem Maass ist gleichfalls in den Gesetzen bereits vorhanden. Zu jeder Stauanlage gehört ein Merkpfahl, und über das daran befindliche Zeichen hinaus darf das Wasser nicht angestaut werden. Diese Vorschrift verdient verbessert zu werden. Man bestimme, dass

die Verwaltungsbehörden bei vermindertem Wasserstande befugt sind, das höchste Stauziel zeitweise herabzusetzen.

Voranzeigen finden sich, soweit ich sehe, in keiner Gesetzgebung; ich lege ihnen eine grosse Bedeutung bei. Ich verstehe darunter, dass der Wassernutzungsberechtigte den nächsten Genossen eine gewisse Zeit, bevor er das fliessende Wasser benutzt, davon Anzeige machen muss. Der nachbarliche Friede wird hiedurch viel gewinnen; der Denunciat wird in vielen Fällen sein Verhalten der empfangenen Anzeige gemäss einrichten; in vielen Fällen wird er aber den Denuncianten zu einer Aenderung seines Vorhabens bewegen. Kurz, es wird sich daraus eine Benutzung des fliessenden Wassers entwickeln, bei welcher der Eine auf den Anderen Rücksicht nimmt, bei welcher die Gemeinschaft, in welcher sich Alle befinden, juristisch zur Anerkennung gelangt.

Würde in den bisherigen Wassergesetzgebungen das Concessionsprincip herrschen, so würden meine Vorschläge von keiner grossen Bedeutung sein. Denn ich gehe davon aus, dass eine Concession nur ertheilt wird, wenn die bereits bestehenden Wassernutzungen dadurch nicht geschmälert werden [23]), und es würde nur bei vermindertem Wasserstand ein Einschreiten der Behörde nöthig werden. Allein das Concessionsprincip ist nur zum kleinsten Theile anerkannt; es gilt namentlich in Preussen bei Privatflüssen nicht, ausser bei Stauanlagen für Wassertriebwerke. Und so bestehen denn eine Unzahl von Anlagen, die sich gegenseitig bekämpfen, und zwischen welche unbedingt eine unparteiische, vermittelnde, Frieden stiftende Behörde treten muss. Wäre sie jetzt vorhanden, so würde das Bedürfniss nach einer neuen Wassergesetzgebung in Preussen nicht so tief empfunden werden. Die bereits bestehenden Anlagen werden

---

[23]) Lediglich die Baiersche Gesetzgebung hat dieses Erforderniss nicht.

von einer neuen Wassergesetzgebung in Preussen hauptsächlich den Vortheil ziehen, dass man, wenn der Ausdruck gestattet ist, der Wasseranarchie ein Ende macht und eine Wasserpolizei mit festbegrenzten Befugnissen einführt, welche die Aufgabe hat, die Ordnung im Gebiet der Wassernutzung herzustellen.

IV.

Der internationale Congress für das sogenannte industrielle Eigenthum zu Paris.

Von

Cohn.

Immer unabweisbarer beginnt sich der Drang nach internationaler Rechtsgleichheit auf dem Gebiet des Verkehrsrechts geltend zu machen, immer mehr gewinnen Gedanken und Hoffnungen, die man vor noch nicht gar so langer Zeit als utopisch zu belächeln gewohnt war, an Realität und Existenz. Dem Weltpostverein folgten amtliche Conferenzen zur Herbeiführung eines internationalen Eisenbahnfrachtrechts; für ein einheitliches Wechselrecht, für gleiche Regelung der Havarie sind wichtige Vorarbeiten vollendet, und mächtig begehrt gerade in der jüngsten Zeit das Urheberrecht im weitesten Sinne des Worts nach internationalem Schutz und gleichen Normen. Diesem letztern Verlangen Ausdruck zu geben und die Grundzüge eines allen Culturstaaten gleichen Rechts für Patente, Muster, Marken und Firmen vorzuberathen, war die Aufgabe des congrès international de la propriété industrielle, der, wie so viele andere Congresse, in Verbindung mit der Weltausstellung zu Paris im Sommer 1878 stattfand.

Der Congress war zwar privater Initiative entsprungen, nichts desto weniger trug er ein wenn auch nicht officielles, so doch officiöses Gepräge; denn ausser den Handelsministern Frankreichs und Oesterreichs nahmen noch 14 Delegirte auswärtiger Regierungen, sowie eine Reihe von Vertretern von Handelskammern und von industriellen und gelehrten Corporationen an den Berathungen Theil. Amtliche Vertreter hatten die Regierungen Deutschlands, Ungarns, Italiens, Luxemburgs, Russlands, Norwegens, Schwedens, der Schweiz und der Vereinigten Staaten entsendet. Das Deutsche Reich war officiell durch Geh. Rath Reuleaux repräsentirt.

Den Vorsitz führte der Senator Bozérian; der designirte Präsident, welcher das Organisations-Comité geleitet hatte, der gefeierte Jurist Renouard, war kurz vor Congress-Eröffnung verschieden. Als Ehrenpräsident fungirte ausser den bereits erwähnten Mininistern noch Siemens, der verdiente Präsident des Wiener Patentschutz-Congresses vom Jahre 1873. Zu den 14 Vicepräsidentenstellen waren fast ausschliesslich die Regierungs-Delegirten berufen, doch ehrte der Congress die deutsche Wissenschaft noch besonders durch die Wahl Klostermann's.

Dem zahlreichen Präsidium entsprach das grosse Secretariat, in welchem Deutschland durch den Ingenieur Pieper vertreten wurde.

Der Congress zählte über 400 Theilnehmer aller Länder, theils Juristen, theils Ingenieure, Patentagenten, Kaufleute und Fabrikanten. An den Abstimmungen betheiligten sich in der Regel kaum hundert. Auf der Tribüne und als Antragsteller prävalirten französische Advocaten, insbesondere Clunet, Couhin, Droz, Huard, Pataille, Pouillet und Rendu. Um den gedeihlichen Verlauf der Verhandlungen erwarben sich ausser den bisher Genannten Prof. Schreyer aus Genf, der englische Admiral Selwyn und besonders Prof. Lyon-Caen aus Paris die wesentlichsten Verdienste.

Was den Geschäftsgang betrifft, so hatte das Organi-

sations-Comité schon einige Wochen vor Zusammentritt des Congresses den Theilnehmern eine lange Reihe von geeigneten Fragen zugehen lassen; eine Anzahl Bemerkungen waren darauf eingelaufen, über welche Bozérian, Lyon-Caen, Barrault und Graf Maillard de Marafy schriftlich referirt hatten. Diese Fragen bildeten die freilich keineswegs durchaus eingehaltene Grundlage der Berathung.

Der Congress zerfiel in 3 Sectionen: für Patente, — für Muster und Modelle, — für Marken und Firmen; der dritten Section präsidirte Reuleaux. Die Sectionsbeschlüsse gelangten in den 11 Plenarversammlungen vom 5.—17. Sept. fast sämmtlich nochmals zur Berathung.

Die summarischen Protokolle der Plenarsitzungen sind im Journal officiel de la république française (Nr. 248, 250, 255 bis 257 und 260) abgedruckt, auch später als compte rendu 1—4 erschienen. Ein „compte-rendu in extenso" wird vorbereitet. Ein ausführlicher deutscher Bericht ist von Pieper noch unter dem unmittelbaren Eindruck der Verhandlungen publicirt worden [1]), eine Zusammenstellung der Beschlüsse gibt auch Clunet in Nr. 7 und 8 seines Journal du droit international privé. 1878.

Die 66 Resolutionen des Congresses betreffen

A. Allgemeine Fragen.

1. Le droit des inventeurs et des auteurs industriels sur leurs oeuvres, ou des fabricants et négociants sur leurs marques est un droit de propriété; la loi civile ne le crée pas: elle ne fait que le réglementer.

---

[1]) Vgl. Centralhandelsregister für das Deutsche Reich Nr. 223. 224. 226. 231. 236. 238. 240. 246. 251. 254. (Beilage zum Reichs- und Staats-Anzeiger.) Kleine Wiederholungen und Sprünge wurden durch den Geschäftsgang des Congresses auch für diesen Bericht unvermeidlich; er ist jedoch durch eigene Erläuterungen Pieper's und durch die Mittheilungen über die Beschlüsse der permanenten Commission werthvoll.

2. Les étrangers doivent être assimilés aux nationaux.

3. Les stipulations de garantie réciproque de la propriété industrielle doivent faire l'objet de conventions spéciales et indépendantes des traités de commerce ainsi que des conventions de garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique.

4. Un Service spécial de la Propriété industrielle doit être établi dans chaque pays. Un Dépôt central des brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, des dessins et des modèles industriels, doit y être annexé pour la communication au public. Indépendamment de toute autre publication, le Service de la Propriété industrielle doit faire paraître une Feuille Officielle périodique.

5. Il y a lieu d'accorder une protection provisoire aux inventions brevetables, aux dessins et modèles industriels, ainsi qu'aux marques de fabrique ou de commerce figurant aux expositions internationales, officielles ou officiellement reconnues.

6. La durée pendant laquelle sont protégés les inventions, marques, modèles et dessins figurant aux dites expositions internationales doit être déduite de la durée totale de la protection légale ordinaire, et non lui être ajoutée.

7. La protection provisoire accordée aux inventeurs et auteurs industriels qui prennent part aux dites expositions internationales devrait être étendue à tous les pays qui sont représentés à ces expositions.

8. Le fait qu'un objet figure dans une exposition internationale ne saurait faire obstacle au droit de saisir réellement cet objet, s'il est argué de contrefaçon.

9. Chacune des branches de la propriété industrielle doit faire l'objet d'une loi spéciale et complète.

10. Il est à désirer qu'en matière de propriété industrielle la même législation régisse un Etat et ses colonies, ainsi que les diverses parties d'un même Etat. Il est également à désirer que les conventions de garantie réciproque de la propriété industrielle conclues entre deux Etats soient applicables à leurs colonies respectives.

11. La contrefaçon d'une invention brevetée, d'une marque de fabrique ou de commerce, d'un dessin ou d'un modèle industriel déposés, est un délit de droit commun.

12. Il est à désirer que le dépôt des demandes de brevets, de marques, de dessins et de modèles puisse s'effectuer simultanément à l'autorité locale compétente et aux consulats des diverses nations étrangères.

13. Le Congrès émet le vœu que, au regard des pays d'Orient qui n'ont point pourvu par des lois à la protection de la propriété industrielle, et notamment au regard de l'Egypte, où fonctionne une juridiction mixte internationale, l'action diplomatique intervienne pour obtenir des gouvernements de ces pays qu'ils prennent des mesures efficaces qui assurent aux inventeurs et auteurs industriels le respect de leur propriété.

So einig alle Mitglieder über das Bedürfniss eines wirksamen Schutzes aller Urheberrechte waren, so sehr gingen die Ansichten über die juristische Natur des zu schützenden Objects auseinander. Vergebens mahnte Lyon-Caen, von einer theoretischen Definition ganz abzusehen; die nichtjuristische Mehrheit des Congresses stand zu sehr unter dem Banne des wirklich „unvertilgbaren“ [2]) Ausdrucks des geistigen, artistischen und industriellen Eigenthums, um nicht auch in einer Eingangsthese für ihr Dogma Zeugniss abzulegen; ja es musste schon als Errungenschaft angesehen werden, dass der Congress den beantragten Zusatz verwarf, dieses Eigenthum habe „son fondement dans la loi naturelle (!)“. Die irrthümliche Identificirung von Eigenthum und Vermögensrecht konnte nicht ohne verhängnissvolle Folgen bleiben, wie weiter unten (B. 1 und F.) ersichtlich wird.

---

[2]) Vgl. Stobbe, Privatrecht III. p. 8. — Die von Schreyer verfochtene Monopolstheorie fand keinen Anklang.

Um so dankbarer muss man es anerkennen, dass mit These 2 der Congress sich vorbehaltlos für die volle Gleichstellung von Ausländern und Inländern erklärt und in Erwägung, dass „la repression de la fraude“ die Basis jeder internationalen Uebereinkunft sei, sogar das Erforderniss der Reciprocität, eines Schweizer Protestes ungeachtet, ausdrücklich verworfen hat.

Der Schutz aller Urheberrechte, leider mit Ausnahme der Handelsfirmen, soll durch Anmeldung und Publication bedingt sein; ein amtliches Centraldepot soll das Princip der Oeffentlichkeit wahren (These 4). Provisorisch soll indess auch den auf internationalen Ausstellungen befindlichen Gegenständen nach englisch - österreichischem Vorgang Schutz gewährt werden; Nachahmungen bleiben aber auch auf solchen Ausstellungen der Beschlagnahme unterworfen (These 5—8). Den officiellen Ausstellungen stellte der Congress nach langen Debatten im Hinblick auf London und Philadelphia die officiell autorisirten gleich.

Eine Definition des Begriffes „contrefaçon“ wurde als zu schwierig und gefährlich nicht beliebt; die durch These 11 proklamirte Strafbarkeit soll bei bona fides ausgeschlossen sein; eine ausdrückliche Festsetzung dieser Ausnahme erachtete man nicht für nöthig.

B. Brevets d'invention.

1. Les brevets doivent assurer, pendant toute leur durée, aux inventeurs ou à leurs ayants cause, le droit exclusif d'exploiter l'invention et non un simple droit à une redevance qui leur serait payée par les tiers exploitants.

2. Le principe de l'expropriation pour cause d'utilité publique est applicable aux brevets d'invention.

Le caractère d'utilité publique doit être reconnu par une loi.

3. Le brevet d'invention doit être délivré à tout demandeur, à ses risques et périls.

Cependant, il est utile que le demandeur reçoive un avis préalable et secret, notamment sur la question de nouveauté, pour qu'il puisse, à son gré, maintenir, modifier ou abandonner sa demande.

4. Les brevets doivent être soumis à une taxe.

La taxe des brevets doit être périodique et annuelle.

5. La taxe doit être progressive, en partant d'un chiffre modéré au début.

6. La taxe ne sera exigible que dans le cours de l'année.

7. L'introduction dans le pays où le brevet a été délivré, de la part du breveté, d'objets fabriqués à l'étranger ne doit pas être interdite par la loi.

8. La déchéance pour défaut de payement de la taxe ne doit pouvoir être prononcée qu'après l'expiration d'un certain délai depuis l'échéance.

Même après l'expiration de ce délai, le breveté doit être admis à justifier des causes légitimes qui l'ont empêché de payer.

Cette déchéance sera prononcée par les tribunaux ordinaires et non par l'administration.

9. Il y a lieu d'admettre la déchéance pour défaut d'exploitation dans un délai à déterminer, à moins que le breveté ne justifie des causes de son inaction.

10. Les droits résultant des brevets demandés (ou des dépôts effectués dans les différents pays) sont indépendants les uns des autres et non pas solidaires en quelque mesure que ce soit, comme cela a lieu aujourd'hui pour beaucoup de pays.

11. Les gouvernements sont priés d'aporter la plus grande célérité possible à la délivrance des brevets demandés, et le Congrès émet le vœu que le délai entre la demande et la délivrance des brevets n'excède pas trois à quatre mois.

12. Toutes inventions, tous procédés ou produits sont brevetables, en dehors des combinaisons ou plans de finances et de crédit ou d'inventions contraires à l'ordre public ou

aux bonnes mœurs[3]). — Des brevets peuvent être accordés aux produits chimiques, alimentaires ou pharmaceutiques.

Von diesen 12 Resolutionen über Patentschutz war keine nach so heissen Debatten und so vielen gescheiterten Compromissversuchen zu Stande gekommen, als die dritte. Die Gegensätze des reinen Anmeldungs- und des Vorprüfungs-Verfahrens mussten versöhnt werden, sollte der Congress nicht resultatlos verlaufen. Für die Vorprüfung waren die Ausländer, für den Wegfall derselben fast alle Franzosen; die Majorisirung durch die Letzteren war zu befürchten. Das Aufgebotsverfahren fand trotz Klostermann's und Lyon-Caen's überzeugenden Ausführungen nicht genügenden Anklang. Die vermittelnde Formel ist dem Grafen Douhet zu verdanken, welcher zuerst dem angefeindeten „examen préalable" den mildern Ausdruck „avis préalable" substituirte; die Einigung selbst ist in erster Reihe den Bemühungen von Reuleaux, Schreyer, Pieper, Couhin und Wise zuzuschreiben. Wenn auch in sehr abgeschwächter Wirkung ist durch den avis préalable die nun einmal unentbehrliche Vorprüfung thatsächlich gesichert; denn wie könnte ein Patentamt dem Anmeldenden eine Mittheilung über die Neuheit und Patentfähigkeit der angemeldeten Erfindung zugehen lassen, ohne die letztere auf die Neuheit und Patentfähigkeit geprüft zu haben? Freilich kann trotz dieses avis der Bewerber auf Ausfertigung des Patents bestehen!

Die Consequenzen der irrigen Theorie vom industriellen „Eigenthum" verschuldeten in These 1 leider[4]) die absolute Ausschliessung der obligatorischen Licenzen, und es bedurfte langer Debatten, um der in der Eigenthumsdoctrin befangenen

---

[3]) Beschluss 12 ist aus der amtlichen Zusammenstellung irrthümlich weggeblieben; er wurde bereits am 9. September gefasst. — Vgl. auch Pieper a. a. O. VI. Nr. 238 Note, und Clunet p. 413. der diese These als erste aufnimmt.

[4]) Vgl. Klostermann, Patentgesetz 1877. p. 184 ff.

Majorität wenigstens das Zugeständniss der Expropriation, natürlich nur unter Einräumung besonderer Cautelen in These 2, abzuringen [5]). Um so überraschender erscheint es, dass der Congress mit grosser Majorität und ziemlich schnell die Thesen 8 und 9 acceptirte, welche den Verfall des Patents wegen nicht gezahlter Taxe resp. wegen unterlassener Ausführung gestatten, obgleich diese Erlöschungsgründe mit jener Eigenthumstheorie auch nicht gerade harmoniren [6]).

Die im Prinzip sub A. 2 bereits votirte Gleichstellung von Ausländern und Inländern erhielt in These 7 und 10 wichtige Anwendungssätze; sie kommt auch im Sectionsbeschluss 1 (vgl. weiter unten) zum Ausdruck.

Mit nur 8 Stimmen Mehrheit wurde im Gegensatz zum Deutschen Gesetz auch den chemischen Produkten, sowie den Nahrungs- und Arzneimitteln der Patentschutz durch These 12 zugebilligt; auch bezüglich dieser Objecte soll „avis préalable“ genügen; die Vorprüfung wurde bezüglich ihrer noch ganz ausdrücklich verworfen.

Abgelehnt wurde der Vorschlag einer Specialjury für Patentsachen, obwohl Grodet sich für denselben auf den Vorgang Oesterreichs und Spaniens berief; abgelehnt ferner der Antrag, die geprüften Ingenieure in Patentsachen als Vertheidiger zuzulassen. Verworfen wurden endlich die radikalen Anträge auf volle Taxfreiheit und Stundungszwang; man entschied sich vielmehr für eine mässige, periodische und progressive Abgabe (These 4—6).

Als pium desiderium empfiehlt These 11 den Regierungen die möglichste Beschleunigung bei Patentertheilungen.

Ausser diesen 12 Plenarbeschlüssen wurden noch 7 Sections-

[5]) Vgl. die Deduction des Grafen Douhets: „comment donc exproprier une propriété qui va finir?“ Selbst Prof. Lyon-Caen trat für das französische Recht ein, das bekanntlich keine Patent-Expropriation kennt.

[6]) These 9 ist in den Vertrags-Entwurf (vgl. unten p. 126) nicht übergegangen.

Resolutionen über Patentwesen fast einstimmig gefasst, die indess wegen Zeitmangels im Plenum leider nicht mehr zur Berathung gelangten. Dieselben lauten nach Pieper's Bericht a. a. O. Nr. 231. IV.:

1. Die Minimaldauer für Patente ist auf 17 (die Maximaldauer auf 21) Jahre festzusetzen.

2. Der Erfinder muss das Recht haben, seine Patentansprüche zu präcisiren, bzw. zu beschränken und Zusatzpatente zu erlangen; auch würde ihm für eine gewisse Zeit ein Vorrecht auf Verbesserungen an seiner Erfindung eingeräumt werden können.

3. Das Recht, sich Einführungspatente ertheilen zu lassen, muss ausschliesslich dem im Auslande bereits patentirten Erfinder oder seinen Rechtsnachfolgern zustehen.

4. Eine bereits veröffentlichte wissenschaftliche Entdeckung oder Erfindung kann, solange sie nur der Theorie nach bekannt ist, nicht ein Hinderniss gegen Ertheilung eines rechtsgültigen Patents sein.

5. Eine Erfindung gilt als neu, wenn sie vor dem Gesuch um die Patentirung nicht so bekannt gewesen, dass sie hätte ausgeführt werden können.

6. Vorläufige Beschreibungen sind zuzulassen.

7. Die Beschreibung von Erfindungen muss während eines Jahres geheim gehalten werden.

C. Dessins et modèles industriels.

1. Une définition des dessins et modèles industriels doit être donnée par la loi qui les régit.

2. Sont réputés dessins industriels tout arrangement, toute disposition de traits ou de couleurs destinés à une production industrielle et tous effets obtenus par des combinaisons de tissage ou d'impression.

Sont réputés modèles industriels toutes œuvres en relief destinées à constituer un objet ou à faire partie d'un objet industriel.

Ne sont pas compris dans ces catégories, encore qu'ils soient destinés à une reproduction industrielle, tout dessin ayant un caractère artistique, tout objet dû à l'art du sculpteur.

Quant aux inventions dans lesquelles la forme n'est recherchée par l'auteur qu'à raison du résultat industriel obtenu, elles seront régies par la loi spéciale sur les brevets.

3. La durée du droit de propriété sera de 2, 3, 4, 5, 10, 15, 20, 30 années, à la volonté du déposant. Si ce droit a été réclamé pour une durée moindre de trente années, il pourra être prorogé jusqu'à l'expiration de ce délai, moyennant l'acquittement des droits.

La durée doit être uniforme pour tous les dessins et les modèles industriels.

4. La protection accordée par la loi aux auteurs de dessins et modèles doit être subordonnée à la condition d'un dépôt préalable.

Ce dépôt restera secret pendant la durée de deux ans.

Le certificat de dépôt devra être délivré aux risques et périls du déposant.

5. Le poids du pli cacheté ne doit pas dépasser 10 kilogrammes.

5. A l'expiration du délai déterminé pour le dépôt à couvert, les dessins et modèles doivent être mis à la disposition du public, mais ne doivent pas être publiés officiellement.

Néanmoins, la Feuille Officielle du Service de la Propriété industrielle de chaque pays doit publier périodiquement le nom des déposants et l'indication de l'objet des dépôts.

7. Il est à désirer que, dans tous les pays, la loi prescrive la radiation des enregistrements reconnus frauduleux par l'autorité ou la juridiction compétente, ainsi que la substitution du nom du véritable propriétaire sur les registres de dépôt.

8. Les enregistrements de dessins ou de modèles industriels doivent avoir lieu moyennant le payement d'une taxe minime.

9. Il n'y a pas lieu de soumettre les auteurs de

dessins et modèles industriels à la déchéance pour défaut d'exploitation.

10. Pour bénéficier de la protection légale, les auteurs de dessins ou de modèles industriels enregistrés doivent, autant que possible, les marquer d'un signe spécial indiquant l'enregistrement ainsi que la date et la durée du dépôt.

Diese 10 Sätze über den Muster- und Modellschutz wurden in verhältnissmässig kürzerer Zeit beschlossen. Immerhin entspann sich über den Begriff Muster und Modell eine längere Diskussion, die zur Annahme von These 2 führte, welche alle Muster künstlerischen Charakters, selbst die zu industriellen Zwecken bestimmten, vom Musterschutz ausschliesst [7]). Im Gegensatz zu allen bestehenden Gesetzen, mit Ausnahme Oesterreichs, wird in These 1 die Legaldefinition jener Begriffe gefordert, während man sonst ihre Feststellung der Wissenschaft zu überlassen gewohnt war.

Der Congress hat sich für eine gleichförmige Dauer des Schutzes aller Muster und Modelle erklärt, also das englische System der Eintheilung der Muster in verschiedene Kategorieen abgelehnt; doch überlässt er es (nach These 3) dem Urheber, die Dauer der Schutzfrist innerhalb gewisser Grenzen, 2—30 Jahre, selbst zu wählen.

Eine Vorprüfung oder auch nur ein avis préalable soll in Bezug auf Muster nicht stattfinden, ein dahin zielender Antrag wurde zurückgezogen; die Niederlegung genügt. Die

---

[7]) Diese These, welche mit der in Deutschland üblichen Auffassung im Widerspruch steht, hat bereits lebhafte Anfechtung erfahren. Vgl. den Sitzungsbericht des Berliner Vereins zur Beförderung des Gewerbfleisses p. 188 ff., insbesondere den daselbst abgedruckten Vortrag des Herrn Geh. Rath Prof. Reuleaux vom 4. November 1878 über den „Congress für Industrieschutz zu Paris". Die gegen These 2 von dem Vortragenden erhobenen Bedenken wurden von mehreren Mitgliedern des Vereins (Geh. Rath Möller, Dr. Weigert, Lohren) durchaus getheilt. Der qu. Sitzungsbericht ist mir erst während der Correctur dieser Blätter durch die Güte des Herrn Geh. Rath Reuleaux zugegangen.

Geheimhaltung wurde wenigstens für die beiden ersten Jahre für obligatorisch erklärt, obgleich sich eine meines Erachtens höchst berechtigte [8]) Opposition gegen die allerdings auch in Deutschland gestattete Geheimhaltung überhaupt erhob. (These 4 und 6.)

These 5 entspricht dem deutschen Gesetz. These 7 soll den nicht eingetragenen Berechtigten gegen den eingetragenen Unberechtigten schützen.

Bezüglich der Taxe (These 8) wurde die doch für die Patente votirte nähere Bestimmung der Taxe (vgl. B. 4—6) als ausserhalb der Congresscompetenz liegend abgelehnt. Die analoge Anwendung von B. 9 auf Muster und Modelle wurde durch C. 9 ausgeschlossen, die unterlassene Ausführung hat also hier den Verlust des Schutzes nicht zur Folge.

D. Oeuvres photographiques.

Une loi spéciale doit protéger les œuvres photographiques.

Auf den Vorschlag Pouillet's gab man die ursprüngliche Absicht, industrielle und künstlerische Photographien in verschiedener Weise zu schützen, auf und adoptirte das deutsche Prinzip eines Specialgesetzes für die Photographie überhaupt.

E. Marques de fabrique et de commerce.

1. Une marque ne peut être revendiquée en justice si elle n'a été régulièrement déposée.

2. Toute marque déposée dans un pays doit être également admise telle quelle, au dépôt, dans les pays concordataires.

3. Tout dépôt fait régulièrement dans l'un quelconque des Etats concordataires est attributif de priorité d'enregistrement dans tous les autres Etats, à charge par le déposant d'en faire opérer la transcription, dans un délai à déterminer, au Dépôt central de chaque Etat.

---

[8]) Vgl. auch Dernburg II. p. 730 n. 17.

4. La marque de fabrique ou de commerce est facultative.

Toutefois, des actes du pouvoir exécutif peuvent, exceptionellement, déclarer la marque de fabrique ou de commerce obligatoire pour les produits qu'ils déterminent.

5. Sont considérés comme marques de fabrique et de commerce, les noms et raisons de commerce, noms de lieu de fabrication, lettres, chiffres ou mots sous une forme distinctive, — les dénominations, si la dénomination n'est pas la désignation nécessaire du produit, — enseignes, — emblèmes, empreintes, — timbres, — cachets, — étiquettes, — vignettes, — reliefs, combinaisons de couleurs, — enveloppes, — lisérés, — forme du produit ou de son contenant, — et tous autres signes servant, dans leur ensemble ou séparément, à distinguer les produits d'une fabrique, d'une exploitation agricole, ou les objets d'un commerce.

6. Le dépôt d'une marque de fabrique ou de commerce est simplement déclaratif de propriété.

7. Toute marque doit être admise aux risques et périls du requérant, quels que soient la nature du produit et le choix des signes distinctifs. Cependant le requérant recevra un avis préalable et secret, notamment sur la question de nouveauté, pour qu'il puisse, à son gré, maintenir, modifier ou abandonner sa demande. Cet avis sera donné par le Service spécial de la Propriété industrielle, auquel le Dépôt central est annexé.

8. Les pièces requises pour la validité du dépôt sont les suivantes; elles devront être remises par l'ayant droit au dépôt local.

A. Trois exemplaires des signes distinctifs, lesquels seront accompagnés de la désignation des marchandises auxquelles ils sont destinés, des observations, du nom, de l'adresse et de la profession du déposant.

B. Un cliché de la marque.

Les trois exemplaires de la marque, frappés du timbre du dépôt local, seront affectés aux destinations suivantes:

L'un sera conservé au dépôt local;

Un autre sera remis au déposant;

Le troisième sera adressé au Dépôt central pour être mis sans frais à la disposition du public.

Le dépôt, enregistré, sera publié dans la Feuille Officielle du Service de la Propriété industrielle de chaque Etat, dans le délai de quinzaine.

Le déposant ne pourra exercer le droit de revendication que dix jours francs après l'inscription du dépôt dans la Feuille Officielle.

Le dépôt enregistré sera publié dans un journal commun à tous les Etats de l'union.

9. Sauf convention contraire, et publiée, la marque suit le sort de l'entreprise dont elle sert à caractériser les produits.

10. La taxe consiste dans un droit d'enregistrement proportionnel au nombre des signes distinctifs à protéger, mais indépendant du nombre des produits.

Des marques se distinguant seulement par la dimension ou la couleur, ne seront comptées que pour une seule.

11. Les marques seront réunies et mises à la disposition du public sans frais et en la forme déterminée par les règlements dans le Dépôt central de la propriété industrielle.

Les marques seront classées dans des registres, par nature de produits et par ordre de réception.

Des catalogues alphabétiques, tenus constamment à jour, seront également mis à la disposition du public dans les mêmes locaux.

12. On devra imprimer des fac-simile des marques de fabrique, pour faire une publication périodique qu'on enverra aux chambres de commerce ou autres corps locaux pour y être mis à la disposition du public.

13. L'exercice des actions civiles relatives aux marques n'exclut pas l'action pénale.

14. Les acheteurs trompés doivent avoir une action comme les propriétaires des marques contrefaites ou imitées.

15. Tous les produits étrangers, portant illicitement la marque d'un fabricant résidant dans le pays d'importation, ou une indication de provenance dudit pays, sont prohibés à l'entrée et exclus du transit et de l'entrepôt, et peuvent être saisis en quelque lieu que ce soit, soit à la diligence de l'administration des douanes, soit à la requête du ministère public ou de la partie lésée.

16. Sont assimilés aux contrefacteurs et imitateurs frauduleux de marques:

1° Ceux qui ont fait un usage illicite d'une marque portant des mentions telles que: façon de..... système de..... procédé de..... à la....., ou toutes autres propres à tromper l'acheteur sur la provenance du produit;

2° Ceux qui, sans autorisation de l'intéressé, auront fait intervenir le nom ou l'imitation du nom, ou l'adresse d'un tiers, de nature à tromper le public, dans le libellé de leurs étiquettes, marques, prospectus, réclames, circulaires, enseignes ou autres manifestations écrites, faites publiquement à l'occasion de la mise en vente ou de la vente d'un produit;

3° Ceux qui, ayant vendu ou mis en vente des marchandises dont la marque a été usurpée, auront refusé de fournir au propriétaire de ladite marque des renseignements complets, par écrit, sur le nom de leur vendeur et sur la provenance des marchandises, ainsi que sur l'époque où la vente a eu lieu.

17. Sont punis ceux qui auront indûment inscrit, sur leurs marques ou papiers de commerce, une mention tendant à faire croire que leur marque a été déposée.

18. La fabrication ou l'emploi d'une marque non déposée ne donne ouverture à aucune action.

19. Tout acte de dépôt d'une marque peut être annulé, soit en vertu d'une demande légalisée du déposant ou de son ayant droit, soit en vertu d'une décision judiciaire devenue définitive.

Cette annulation est mentionnée: 1° en marge de l'acte de dépôt; 2° en regard de la marque déposée.

20. La radiation de tout acte de dépôt peut être poursuivie par un intéressé quelconque.

21. Le Congrès émet le vœu que la formalité du dépôt des marques de fabrique soit soumise à une réglementation internationale, en vertu de laquelle il suffirait au possesseur d'une marque d'effectuer un seul dépôt dans un Etat, pour assurer la protection de cette marque dans tous les autres Etats concordataires.

22. Les dépôts sont renouvelables par périodiques décennales, à partir de 1880. Tout dépôt fait dans l'intervalle de ladite période ne vaut que jusqu'à la date du renouvellement général [9]).

Bezüglich des Markenschutzes wurde den Berathungen ein vollständiger Gesetzentwurf, den Graf Maillard de Marafy verfasst hatte, zu Grunde gelegt, bei der Kürze der Zeit indess nicht vollständig durchberathen. Graf Maillard war 1875 zur Berichterstattung über unser neues deutsches Markenschutzsystem officiell nach Deutschland entsandt worden; sein auch im Druck erschienener Rapport an den Minister (Paris 1876, 55 p.) zeigt ihn als einen genauen Kenner unserer Gesetzgebung und Judicatur. Die Markensection hatte ihn zum Vicepräsidenten gewählt.

Auch für die Marke wurde die Anmeldung resp. Niederlegung, le dépôt, als Vorbedingung des Schutzes angesehen (Th. 1 und 18); die Anmeldung soll aber das sog. Eigenthum an der Marke nicht erst schaffen, sondern nur erweisen, nicht constitutiv („attributif"), sondern nur declaratorisch („declaratif") wirken (These 6). Ein Vorschlag, nach englischem Muster der Anmeldung mit Ablauf einer fünfjährigen Frist constitutive Wirkung beizulegen, hiermit aber eine Markenersitzung

[9]) Dieser Beschluss fehlt in der officiellen Zusammenstellung und bei Clunet, wurde aber im Plenum acceptirt, vgl. Protokoll vom 14./9.; er ist nicht bloss Sectionsbeschluss, wie Pieper Nr. 254 X annimmt.

herbeizuführen, wurde mit einer Majorität von 3 Stimmen im Plenum verworfen.

Die Marke ist der Regel nach nicht obligatorisch; Ausnahmen sollen (z. B. bei monopolisirten Waaren) statthaft sein (These 4).

These 2, 3 und 21 sollen die Gleichstellung der Ausländer sichern, ein „Minimum internationaler Unification" schaffen und den Geschäftsgang bei Eintragung in mehreren Staaten leichter und minder kostspielig gestalten.

These 5 dehnt den Begriff der Marke ganz ungemein aus; nicht nur das auf der Waare oder deren Verpackung angebrachte Waarenzeichen, sondern die Verpackung selbst, der Verschluss, die Etiquette, blosse Farbenzusammenstellungen sollen geschützt sein [10]).

Analog dem ad B. 3 gefassten Beschlusse wurde auch bezüglich der angemeldeten Marke ein „avis préalable et secret" namentlich betreffs der Neuheit beliebt (These 7); das deutsche Recht kennt bekanntlich bei Markenanmeldungen keine Vorprüfung über die Berechtigung des Anmeldenden, das angemeldete Zeichen in Anspruch zu nehmen.

Sehr detaillirt wird in These 8, 10, 11 und 12 die Anmeldung der Marke nach Voraussetzungen und Taxe geregelt; durch Centraldepots, Register, Kataloge und mehrfache Publicationen in amtlichen Zeitschriften soll die vollste Oeffentlichkeit gesichert werden.

Wenngleich der Congress jede Entscheidung über die Statthaftigkeit oder Unzulässigkeit einer selbstständigen, ohne gleichzeitige Geschäftsübertragung erfolgenden Markencession ablehnte, vielmehr alle auf diese Frage bezüglichen Anträge gestattender und verbietender Natur verwarf, so sprach er

---

[10]) Diese Ausdehnung billigt auch Reuleaux a. a. O. p. 188, da sie der betrügerischen Aneignung einer fremden Marke besser vorbeuge, als unser bisheriges Recht. Bedenklich scheint mir nur die allzu casuistische Fassung der These.

doch anderseits durch These 9 es als Regel aus, dass die Marke das Schicksal des Geschäfts theilt, dessen Produkte sie kennzeichnet, und dass es daher des ausdrücklichen und zu veröffentlichenden Abkommens bedürfe, falls mit dem Uebergang eines Geschäfts die Marke nicht mit übergehen solle.

Die Niederlegung der Marke soll nicht nur für ihren sog. Eigenthümer, sondern auch für den mittelst Marken getäuschten Waarenkäufer durch das Recht des Strafantrages und durch Civilklage ihre Wirksamkeit äussern; ausländische, widerrechtlich bezeichnete Produkte sollen dem Einfuhrverbot und der Beschlagnahme unterliegen (These 13—15).

Die Markenfälschung soll nicht blosses Antragsdelict sein; ein darauf abzielender Antrag wurde abgelehnt.

Der eigentlichen Markenfälschung sollen nach These 16 und 17 eine Reihe von Fällen gleichstehen, die auf Täuschung des Publikums mittelst Marken berechnet sind oder sich als Begünstigung der Markenfälschung (mittelst verweigerter Auskunft über den Erwerb gesetzwidrig gezeichneter und feilgehaltener Waaren, These 16a l. 3) herausstellen. Die letzterwähnte Gleichstellung dürfte doch zu weit gehen.

Die Eintragung soll auf Antrag des Eingetragenen oder auf Grund richterlichen Erkenntnisses gelöscht werden; zur Klage auf Löschung ist jeder Interessent, also auch der getäuschte Käufer, befugt (These 19 und 20). Der Markenschutz soll endlich nach dem Vorgang des spanischen Rechts erlöschen, sofern nicht an einem für alle Marken gleichzeitig eintretenden Erneuerungstermine die Anmeldung wiederholt wird (These 22).

F. Nom commercial.

Le nom commercial constitue une propriété du droit des gens (!) qui doit être protégée partout, sans distinction de nationalité et sans obligation de dépôt.

Sous tous les rapports autres que celui du dépôt, le nom est assimilé aux marques.

Nicht nur in theoretischer, sondern auch in praktischer Beziehung scheint diese These bedenklich: während unser deutsches Recht ein ausschliessliches Recht auf Führung einer Firma nur für den Ort, die Gemeinde der Niederlassung gewährt, will der Congress den Handelsnamen überall („partout“) geschützt sehen, und gleichwohl soll die Eintragung in das Handelsregister nicht obligatorisch sein![11])

G. Récompenses industrielles.

1. L'usurpation accordée, sous quelque forme que ce soit, d'une récompense industrielle, ou la fausse application à l'occasion d'une exposition, à l'organisation de laquelle l'autorité supérieure a pris une part manifeste, doit être considérée comme un acte illicite relevant de la juridiction pénale.

2. Doit être également considérée comme illicite, l'usurpation des prix, médailles et approbations accordés par les corps scientifiques officiels.

3. Si le fait d'usurpation a été commis dans l'enceinte d'une exposition ouverte dans les conditions ci dessus indiquées, la peine devra être élevée au maximum.

4. Indépendamment de l'action publique, il devrait être reconnu à toute partie lésée une action en justice réglée conformément aux dispositions de la loi sur les marques de fabrique.

Wenngleich These 2 über die Competenz des Congresses für sog. „industrielles“ Eigenthum etwas hinausgeht und These 3 dem richterlichen Ermessen zu enge Schranken zieht, so sind die Beschlüsse über den Medaillenschutz gewiss im Allgemeinen nur zu billigen. Die Missbräuche, die gerade

[11]) Ueber den französischen Firmenschutz vgl. neuerdings Lyon-Caen in der Revue critique de législ. et de jurispr. VII. 1878. Octobre-Novembre p. 693 ff., besonders p. 698.

mit Anerkennungsmedaillen getrieben werden, kennzeichnet eklatant die Mittheilung Clunets, dass ein Kaufmann auf den Büchsen seiner Nahrungsmittel-Conserven die Medaille anbringen liess, die er auf einer Hundeausstellung für seinen Racehund erhalten hatte! Diese Mittheilung veranlasste in These 1 die volle Gleichstellung der Medaillen-Usurpation mit der fälschlichen Anwendung einer wirklich erworbenen Medaille.

Der Congress hat sich jedoch nicht mit dieser Reihe von theoretischen Beschlüssen begnügt; er hat vielmehr, ähnlich dem Wiener Patentschutz-Congress von 1873, eine permanente Commission eingesetzt zur beständigen Agitation für die Zwecke des Congresses, sowie zur möglichsten Realisation der gefassten Beschlüsse; er hat diese Commission aus den officiellen Vertretern der fremden Regierungen und dem gesammten Congressbureau zusammengesetzt, ihr das Recht der Cooptation zuertheilt, einer Majorisirung einzelner Staaten durch die Bildung von Landessektionen und die Regelung der Abstimmung vorgebeugt, auch die Richtung der Agitation im wesentlichen vorgezeichnet.

Ueberdies hat der Congress noch selbst durch eine Delegation dem französischen Handelsminister Teisserenc de Bort die Bitte ausgesprochen, seinerseits die Initiative zu ergreifen, um die Einsetzung einer officiellen internationalen Commission herbeizuführen, die in ähnlicher Weise, wie es jetzt beim Eisenbahnfrachtrecht geschehen, die bezüglichen Fragen eines international gleichen Rechts berathe. Der Minister hat auf dem Congressbanquet am 12. September diese ehrenvolle Mission anzunehmen erklärt.

Die permanente Congresscommission unterzog sich sofort der ihr übertragenen Aufgabe und zwar durch die Ausarbeitung eines Entwurfes einer internationalen Vereinbarung. Dieser Entwurf, von dem Schweizer Delegirten

Bodenheimer verfasst, ist am 18. und 19. September durchberathen und dem französischen Handelsminister überreicht worden; die Thesen des Congresses haben mit unbedeutenden Modificationen und unter Ausscheidung einzelner sachlich bedenklicher, doctrinärer oder allzu casuistischer Bestimmungen in diesem Vertrage Aufnahme gefunden. Wir lassen die Uebersetzung dieses Entwurfes nach dem mehrerwähnten Bericht des Herrn Ingenieurs Pieper, welcher Mitglied der Commission ist und als Secretär ihrer deutschen Section fungirt, folgen:

Art. 1.

Die Länder, zwischen welchen gegenwärtiger Vertrag abgeschlossen worden ist, bilden einen Verband zum Schutz des industriellen Eigenthums.

Dieser Schutz ist ein gegenseitiger. Er wird gleichmässig sein in den Grenzen der durch gegenwärtigen Vertrag gelegten Basis.

Art. 2.

Dieser Vertrag findet Anwendung auf die Erfindungspatente, auf die gewerblichen Muster und Modelle, auf die Fabrik- oder Handelsmarke und den Firmenschutz.

Art. 3.

Jeder der contrahirenden Staaten nimmt die nachfolgenden allgemeinen Prinzipien an und bringt dieselben zur Anwendung:

Nun folgen die Thesen A. 1, 2, 4 bis 8, 10, 11. Der These 9 entspricht unten Art. 10; These 3 ist durch den Entwurf selbst realisirt.

Nur These 10 ist anders gefasst, nämlich:

> „Eine internationale Convention, welche zwischen den europäischen und amerikanischen Staaten zum Schutz des industriellen Eigenthums vereinbart wird, muss als für die Colonien dieser Staaten in Kraft befindlich erklärt werden".

Art. 4.

Jeder der contrahirenden Staaten nimmt die nachfol-

genden allgemeinen Prinzipien in Bezug auf Erfindungspatente an und wird dieselben zur Anwendung bringen:

Nun folgen die Thesen B. 3, 12, 1, 2, 4, 5, 8 (ohne Absatz 3), 7 und 10, von denen jedoch 2, 4, 5, 7, 10 und 12 leichte Aenderungen in der Fassung erfahren haben. These 6, 9 und 11 sind mithin abgelehnt.

Art. 5.

Jeder der contrahirenden Staaten nimmt die nachfolgenden allgemeinen Prinzipien für die Garantie des Eigenthums an gewerblichen Mustern und Modellen an und wird dieselben zur Anwendung bringen:

Nun folgen die Thesen C. 1 bis 5, 8, 9, 6 und 7, letztere mit geringer redactioneller Aenderung.

Art. 6.

Jeder der contrahirenden Staaten acceptirt und wird in Anwendung bringen die nachfolgenden allgemeinen Prinzipien für den Schutz an Fabrik- und Handelsmarken und an Geschäftsfirmen:

Nun folgen die Thesen D. 1—5, 7—10, 13—17 und E.

Art. 7.

Die Organe des Verbandes sind: 1) der Congress der Bevollmächtigten der am Vertrag sich betheiligenden Länder; 2) die Executivcommission des Verbandes.

Art. 8.

Der Congress der Bevollmächtigten wird wenigstens alle zwei Jahre zusammentreten, um das Verbandssystem zu vervollkommnen, die für nothwendig erachteten Verbesserungen vorzuschlagen, gemeinsame Angelegenheiten zu besprechen, das Land zu bezeichnen, in welchem die Executivcommission des Verbandes ihren Sitz haben soll, und letztere zu ernennen.

Jedes Land hat bei dem Congress eine Stimme.

Jedes Land kann sich entweder durch einen oder durch mehrere Delegirte oder durch die Delegation eines anderen Landes vertreten lassen.

Die nächste Versammlung findet zu . . . . . am . . . . 187 . . statt.

Art. 9.

Man wird in einem Reglement gemeinsam alle die Geschäftsordnungs-Bestimmungen im Einzelnen festsetzen, welche betreffs der Ausführung gegenwärtigen Vertrages nothwendig sind. Selbstverständlich können die Bestimmungen dieses Reglements jederzeit nach gemeinsamer Vereinbarung zwischen den Regierungen der Länder des Verbandes modifizirt werden.

Art. 10.

Jedes Land wird ein besonderes Amt für die Angelegenheiten des industriellen Eigenthums einrichten.

Art. 11.

Die Executivcommission des Verbandes wird als Vermittlerin für die die internationalen Beziehungen betreffenden regelmässigen und allgemeinen Bekanntmachungen dienen. Sie wird gleichfalls aus jedem Lande die in inneren Angelegenheiten veröffentlichten Documente in Empfang nehmen.

Art. 12.

Die Kosten der Executivcommission des Verbandes werden gemeinschaftlich getragen: zu diesem Behuf werden die Länder des Verbandes in Classen getheilt, von denen jede im Verhältniss einer gewissen, im Reglement zu bestimmenden Anzahl von Einheiten Beitrag leistet.

Art. 13.

Die Stipulationen des gegenwärtigen Vertrages beeinträchtigen nicht das Recht der contrahirenden Parteien, beschränktere Vereine zu bilden und zu erhalten, um eine Verminderung ihrer besonderen Kosten zu bewirken.

Art. 14.

Im Fall einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Verwaltungen zweier oder mehrerer Länder des Verbandes, welche eine Interpretation des gegenwärtigen Vertrages zum Gegenstande hat, soll die streitige Frage durch ein Schieds-

gericht erledigt werden; zu diesem Zweck wird jedes der betreffenden Länder ein anderes, bei der Sache nicht interessirtes Mitglied des Verbandes wählen.

Im Fall der Stimmengleichheit wählen die Schiedsrichter, um den Ausschlag zu bewirken, einen Obmann aus einem der bei dem Streite nicht betheiligten Länder des Verbandes.

Art. 15.

Der Eintritt der Länder in den Verband, welche diesem nicht angehören, soll unter folgenden Bedingungen gestattet sein:

1) Sie legen ihre Erklärung in die Hände der Regierung desjenigen Landes, in welchem die Executivcommission des Verbandes ihren Sitz hat.

2) Sie unterwerfen sich den Stipulationen des Vertrages und des Reglements des Verbandes.

3) Ihrer Zulassung muss die Zustimmung der Mitglieder des Verbandes vorhergehen.

4) Diese Zustimmung muss entweder durch Correspondenz, oder in einer von der Executivcommission des Verbandes ad hoc einberufenen Versammlung herbeigeführt werden.

Der Beitritt und die definitive Aufnahme werden durch einen diplomatischen Akt zwischen der Regierung des Landes, in welchem die Executivcommission ihren Sitz hat, und der Regierung des in den Verband aufgenommenen Landes constatirt.

Art. 16.

Gegenwärtiger Vertrag tritt in Kraft am . . . . . .

Er ist von diesem Tage an für . . . . . geschlossen. Nach diesem Termine gilt er als auf unbestimmte Zeit verlängert, doch ist jede contrahirende Partei berechtigt, vermittelst einer wenigstens . . . Jahre vorher gemachten Anzeige aus dem Verband zu treten.

Müssen wir uns auch darauf gefasst machen, dass die Annahme dieses Entwurfes noch manche Verzögerung erfahren, dass die einzelnen Sätze in Art. 4—6 noch vielfache Veränderungen erfahren werden, so ist doch die Arbeit des Congresses und seiner Commission hoffentlich keine ganz vergebliche gewesen und die Herstellung eines gerade auf diesem Gebiete besonders schwer entbehrten „international gleichen Rechts“[12]) um ein wesentliches Stück gefördert[13]).

---

[12]) Vgl. Gareis, Patentgesetzgebung, Einleitung V.

[13]) Während des Druckes des obigen Referats ist der Handelsvertrag zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn zu Stande gekommen.

Art. 20 dieses Vertrages (Reichsgesetzblatt Nr. 37 vom 31. December 1878 p. 372) bestimmt: „In Bezug auf die Bezeichnung der Waaren oder deren Verpackung, sowie bezüglich der Fabriks- und Handelsmarken, der Muster und Modelle, ferner der Erfindungspatente sollen die Angehörigen des einen der vertragschliessenden Theile in dem Gebiete des anderen denselben Schutz, wie die eigenen Angehörigen geniessen. Die Angehörigen eines jeden der vertragschliessenden Theile haben jedoch die in dem Gebiete des anderen Theiles durch Gesetze und Verordnungen vorgeschriebenen Bedingungen und Förmlichkeiten zu erfüllen. Der Schutz von Fabriks- und Handelsmarken wird den Angehörigen des anderen Theils nur insofern und auf so lange gewährt, als dieselben in ihrem Heimathsstaate in der Benutzung der Marke geschützt sind.“ Vgl. hierzu auch das Schlussprotokoll vom 16. December 1878 a. a. O. p. 392. — Ist auch durch die Einfügung dieses Art. 20 in einen nur auf Jahresfrist geschlossenen Handelsvertrag der Resolution des Congresses sub A. 3. nicht genügt, ist auch das Erforderniss der Reciprocität, für den Markenschutz wenigstens, noch immer aufrecht erhalten, ist endlich die materielle Uebereinstimmung des deutschen und des österreichischen Urheberrechts durch den qu. Vertrag um nichts gefördert, so ist doch der Art. 20 ein erneuter Beweis dafür, dass die Regierungen den Industrieschutz und seiner internationalen Regelung ein reges Interesse zuwenden.

Nachtrag zur Geschichte der Checks.

Von

Cohn.

1) Wie p. 138 des ersten Jahrgangs dieser Zeitschrift mitgetheilt worden, leiten die französischen Juristen das Wort check von einem englischen Verbum to check ab, während der englische Schriftsteller Gilbart es auf die französische Bezeichnung des Schachs (échec) zurückführt. Gilbart's Ableitung verdient den Vorzug; noch correcter dürfte es indess sein, nicht échec unmittelbar, sondern vielmehr das von letzterem abstammende Wort échiquier, englisch exchequer als den eigentlichen Ursprung der Bezeichnung und des Begriffes anzusehen.

Wie nämlich mein Freund, Herr Dr. Leser, Docent der Nationalökonomie an der Universität Heidelberg, mir mitgetheilt, ist in der Mitte des 18. Jahrhunderts, bis zu welcher Zeit die modernen Checks sich in England mit Sicherheit zurückverfolgen lassen, der erste Name, welcher für sie begegnet, nicht cheque, sondern vielmehr chequer gewesen.

Diese Mittheilung Leser's gewinnt nun noch eine erhöhte Bedeutung durch eine Anzahl englischer Urkunden aus einer viel älteren Zeit, durch jene Schatzrollen-Auszüge, welche von

Edw. A. Bond im Jahre 1850 in der Londoner Archaeologica (Band XXVIII, p. 207 ff.) mit einer erklärenden Einleitung publicirt wurden, und auf welche Goldschmidt (Handbuch I p. 17) und neuerdings Brunner die Aufmerksamkeit der deutschen Juristen gelenkt haben (vgl. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XXII, p. 85 Anm. 1). Die von Bond abgedruckten 211 Urkunden gehören dem 13. und 14. Jahrhundert an; sie sind ihrem Inhalt nach Zahlungs- oder Gutschreibungsanweisungen, ausgestellt von den englischen Königen Heinrich III., Eduard I., II. und III. zu Gunsten italienischer Kaufleute, deren Schuldner sie waren. Soweit man es bei dem theilweisen Fehlen der Adresse beurtheilen kann, sind sie wohl sämmtlich an die Lords der Königlichen Schatzkammer gerichtet. Ihrem ganzen Charakter nach erinnern diese Urkunden, auf deren Details ich an anderer Stelle einzugehen mir vorbehalte, auffallend an jene deutschen und polnischen Machthaber-Quittantien, von welchen Bd. I p. 125—128 gehandelt worden. Von diesen anglo-normannischen Schatzrollen-Auszügen tragen nun drei Gutschreibungs-Anweisungen (Nr. 112, 113, 115) aus den letzten Regierungsjahren Eduard I. (vom Jahre 1304 resp. 1306) den Zusatz

per billam de scaccario.

Scaccarium ist bekanntlich die Latinisirung von Echiquier[1]). Gehen wir nicht fehl, so haben wir in jenen Schatzanweisungen oder Exchequerbills die Vorläufer der spätern chequer und damit unserer Checks vor uns. Für diese Annahme streitet wohl auch die in England noch heut festgehaltene Schreibweise cheque, nicht check.

2) Die französische Checkgesetzgebung scheint mit der Novelle vom 19. Februar 1874 noch nicht abgeschlossen. Die Mängel derselben sind zu flagrant, als dass nicht das Bedürfniss der Abänderung auch in Frankreich empfunden

---

[1]) Vgl. Brunner in Holtzendorff's Encyclop. I. p. 227. Vgl. auch z. B. Nr. 39—42.

und ausgesprochen worden wäre. Die Budgetdebatte hat im December 1878 hiezu Gelegenheit geboten. Die Regierung begehrte die Umwandlung des bisherigen fixen Stempels der Distanzchecks in einen beweglichen Stempel behufs Erhöhung der Einnahmen; sie setzte dieses Verlangen nicht durch; die Einbringung eines verbesserten Checkgesetzes wurde bestimmt zugesagt [2]).

3) Der Bd. I p. 153 erwähnte italienische Entwurf ist in Fornari's Buch „i checks e la Clearing house" abgedruckt und mit Erläuterungen begleitet (p. 138—168). Hiernach umfasst das Checkgesetz nur 5 Artikel und zwar die Art. 351—355 des Handelsgesetzbuchs-Projects Tit. 9 Capo 3. Der „Check" oder „Assegno" resp. „Assegno bancario" des italienischen Entwurfs ist im Allgemeinen den Normen des französischen Rechts gemäss geregelt. Die Definition ist allerdings enger, insofern als Bezogener eine banca oder ein banchiere genannt wird; doch ist diese Beschränkung nur eine scheinbare, da nach Art. 333 über jedes Depositum, bei wem es auch liege, „presso una banca o presso qualsiasi persona" mittelst Checks verfügt werden kann. (Vgl. Marghieri, studi di Diritto Commerciale. Napoli 1878 p. 179 und Fornari p. 140.) Im Anschluss an das französische Gesetz ist auch in Italien ein „deposito" des Ausstellers bei dem Bezogenen gefordert; doch hat sich der Entwurf sehr zu seinem Vortheil der französischen Strafandrohungen enthalten. Weniger zu billigen scheint es, dass Art. 354 die Präsentationszeit noch über das französische Vorbild hinaus, von 5 resp. 8 auf 10 resp. 20 Tage, erstreckt hat.

---

[2]) Vgl. Procès verbal der Sitzungen der Deputirtenkammer vom 3. und 21. December, des Senats vom 19. und 20. December Journal officiel Nr. 328, 345, 346, 347.

Literarische Anzeigen.

Nordisk Retsencyklopaedi. Samlet og udgivet af Dr. jur. T. H. Aschehoug, Dr. jur. K. F. Berg og Dr. jur. A. F. Krieger. Foerste Hefte. Kjoebenhavn, Gyldendalske Boghandels Forlag. 1878.

Das Rechtsleben und die moderne Rechtsentwicklung unserer Nachbarländer Schweden und Dänemark ist uns, geringe Ausnahmen abgerechnet, im Wesentlichen leider unbekannt geblieben. Es ist dies um so beklagenswerther, als diese Länder einen wichtigen Schatz an trefflichen Werken über die verschiedensten Rechtsgebiete besitzen, wie dies neuerdings in dankenswerther Weise Professor Aagesen (Kopenhagen) in seinem höchst brauchbaren Werkchen: »Fortegnelse over Retssamlinger, Retsliteratur m. m. i Danmark, Norge, Sverig og til Dels Finland, 1876« gezeigt hat. Allerdings hat man von competenter Seite nicht unterlassen, auf so wichtige Werke und Schriften, wie Stemann den danske Retshistorie 1871, Aubert Kontraktspantets historiske Udvikling, 1872 und Den norske Privatrets almindelige Del 1877, Hertzberg Grundtraekkene i den aeldeste norske Proces 1874, Goos den danske Strafferet (I 1875, II 1878), Getz Om den saakaldte Delagtighed i Forbrydelser 1875, Olivecrona Om makars Giftorätt i bo, 4de Udgave 1876, 1878, Brandt Tingsretten 1876, Om Söforsikring 1876, Nordmaendenes gamle strafferet 1876 u. v. A. aufmerksam zu machen, allein damit ist ja noch nicht erschöpft, was es Interessantes aus jenen Ländern zu berichten giebt. Um so erfreulicher erscheint es nun, ein Werk

anzeigen zu können, das, aus der Hand mehrerer der berufensten Mitarbeiter hervorgegangen, dazu bestimmt ist, eine gründliche Kenntniss des gesammten Rechtszustandes der drei nordischen Reiche auf allen Gebieten zu verbreiten.

Dies Unternehmen wird von dem bekannten, hochverehrten Juristen, Gehejmeetatsraad Krieger geleitet, dem Vorsitzenden der am 28. Februar 1868 eingesetzten Kommission zur Ausarbeitung der jetzt vollendet vorliegenden Entwürfe eines dänischen Gerichtsverfassungs-, Civil- und Strafprozessgesetzes [1]). Das Werk soll aus drei Theilen bestehen (öffentliches Recht, Privatrecht, Strafrecht und Prozess). Für die Art der Bearbeitung ist gewählt die Form selbständiger Abhandlungen, wie solche sich in Holtzendorff's Rechtsencyklopädie Th. I finden; nur dass hier die Materien eingehender behandelt werden sollen, ohne desswegen alle Details und Controversen bringen zu wollen. Gerade in dieser letzteren Beschränkung liegt für uns ein grosser Vorzug des Unternehmens. Die Schwierigkeiten dieser und ähnlicher Aufgaben zeigt »Nyt Lovlexikon« von Jürgensen, das durch Sammlung der Quellenstellen für den dänischen Juristen gewiss grossen Werth hat, für den Ausländer aber eines solchen ermangelt.

Das jetzt in seiner ersten Abtheilung vorliegende Werk hat auch eine symbolische Bedeutung.

Der skandinavische Norden zerfällt in rechtlicher Beziehung in zwei Theile. Mit Norwegen hat Dänemark in allen wesentlichen Punkten Rechtsgemeinschaft, Dank der 400jährigen Verbindung bis 1814. Auch die Rechtswissenschaft bildet eine wirkliche Einheit. Mit Schweden dagegen ist dies nicht der Fall. Die Wurzeln einer gewissen Gemeinschaft liegen zeitlich weiter zurück und seit lange schon ist eine Entfremdung in rechtlicher Beziehung eingetreten. Erst die Juristentage (1872, 1875, 1878) haben hier wieder zusammengeführt und eine Annäherung gebracht. Die vorliegende Encyklopädie soll nun die gegenseitige Unkenntniss der Rechtsinstitutionen in den drei Ländern beseitigen und können wir dem ganzen Werke nach dem jetzt vorliegenden Abschnitte über Familien- und Erbrecht von Prof. Deuntzer (Kopenhagen) das beste

[1]) Diese ganz vorzüglichen Entwürfe sollen an anderem Orte ausführlich besprochen werden.

Prognostikon stellen. Der gerade auf diesem Gebiete durch eigene Publikationen verdiente Verfasser giebt uns in richtigster Beschränkung literarischer Notizen und Erwähnung wichtigerer Streitfragen ein klares, höchst interessantes Bild des Rechtszustandes auf diesen Gebieten.

Was das Familienrecht betrifft, so behandelt der Verfasser im 1. Abschnitte die Ehe (I. Verlobung und Schwängerung bez. Eheversprechen, II. Bedingungen für Eingehung einer Ehe, III. die Ehe selbst, IV. deren Wirkungen, V. Aufhebung gewisser Wirkungen während bestehender Ehe, VI. Auflösung der Ehe und zwar A) durch Tod eines Gatten, B) ohne solchen in Folge Urtels oder Bewilligung). Im 2. Abschnitte wird von dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern gehandelt, im 3. Abschnitte von der Vormundschaft (I. im engeren Sinne, II. Curatel, III. Wittwenbeistandschaft vor Gericht).

Die erbrechtliche Abhandlung erörtert zuerst die allgemeinen persönlichen Bedingungen, um Erbe werden zu können, sodann im 1. Kapitel das Intestaterbrecht, im 2. Kapitel das testamentarische Erbrecht, im 3. Kapitel die Stellung der Erbfolger nach dem Erbanfalle.

Es sei gestattet, einige Einzelheiten hervorzuheben.

Betrachten wir zuerst die Formen der Eheschliessung[2]). Bis in die jüngste Zeit konnte Eheschliessung nur durch Trauung seitens eines Geistlichen erfolgen, nämlich eines Geistlichen der Staatskirche oder (in Dänemark und Schweden) einer Religionsgesellschaft, deren Geistliche vom Staate zur Trauung berechtigt erklärt sind, aber jetzt ist Eheschliessung vor der bürgerlichen Obrigkeit (Civilehe) unter gewissen besonderen Umständen zugelassen.

Civilehe ist unzulässig, falls beide Parteien Lutheraner sind, und in Dänemark wie Schweden auch dann, wenn sie einer von der Staatskirche abweichenden Religionsgesellschaft angehören, falls deren Geistliche trauen dürfen. In Norwegen können nur Geistliche der Staatskirche giltig trauen, und Trauung wird verlangt, nicht bloss wenn beide Parteien Lutheraner sind, sondern auch wenn nur eine lutherisch, die andere einer anderen christlichen Religions-

---

[2]) Vgl. Garin des conditions requises pour la validité du mariage, Paris 1876.

gesellschaft zugehört. Nur in andern Fällen ist Civilehe möglich, in Dänemark, wenn die Parteien zur selben nicht anerkannten Religionsgesellschaft oder zu keiner Religionsgesellschaft gehören oder verschiedenes Glaubensbekenntniss haben, selbst wenn die eine zur Volkskirche gehört oder beide einer anerkannten Religionsgesellschaft angehören. In allen diesen Fällen kann jedoch auch kirchliche Trauung benützt werden, wenn ein hiezu berechtigter Geistlicher dieselbe vornehmen will. In Norwegen ist Civilehe die einzig zulässige Eheschliessungsform, wenn die Parteien Dissenters sind oder die oder beide Parteien nicht Christen. In Schweden ist Civilehe erforderlich, wenn keine der Parteien zur lutherischen Kirche oder zu einer Religionsgesellschaft mit trauungsberechtigten Geistlichen gehört, und wo ein Christ eine Jüdin heirathen will; wo aber die Parteien sonst verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugehören und mindestens eine derselben Lutheraner oder Mitglied einer Religionsgesellschaft mit trauungsberechtigten Geistlichen ist, können sie zwischen Civilehe und kirchlicher Trauung wählen (Fr. 31 Okt. 1873 § 2).

Die Obrigkeit für Civileheschliessung ist in Dänemark und Schweden in Städten der Magistrat (Stadtvogt), auf dem Lande der Herredsvogt oder Birkrichter (in Dänemark) und Kronvögte (in Schweden), Notare für Dissenters in Norwegen.

Betreffs der Scheidungsgründe gilt Folgendes[1]: nach dänischem und nordischem Recht sind zu nennen als vor der Ehe liegende:

1. Verheimlichte Impotenz, wobei zur Heilung 3 Jahre Frist gewährt werden, ausser es erweise sich dieselbe sofort als unheilbar: D. L. 3—16—15—3, N. L. 3—18—15—3.
2. Verheimlichter Aussatz oder andere ansteckende und widerliche Krankheit, wenn der andere Gatte dadurch angesteckt wurde; § 4 obiger Gesetze.
3. Andere Verheimlichung betreffs sehr wichtiger Verhältnisse (Wahnsinn u. a.).

(Diese Gründe sind nach schwedischem Recht Annullationsgründe.)

Später eintretende sind:

1. Ehebruch: § 1 obiger Gesetze und 13: 1 G. B. — ausser

[1]) Nicht genau ist Naquet le divorce 1877 pag. 84 ss.

wenn der gekränkte Gatte verziehen hat, namentlich indem er mit dem Schuldigen weiter ehelich lebte oder wenn beide Gatten sich des Ehebruches schuldig machten oder (nach dänischem und nordischem Recht) wenn der eine Gatte durch Kuppelei, Rohheit oder dgl. des Andern Versehen hervorrief oder nach schwedischem Recht, wenn wegen Ehebruchs nicht innerhalb eines halben Jahres nach erlangter Kenntniss Klage erhoben ist. Nach schwedischem Recht soll die Ehe jedenfalls aufgelöst werden, falls der Ehebruch zugleich Blutschande ist.

Gleiche Wirkung mit Ehebruch hat nach schwedischem Recht auch Verschweigen des Beischlafs mit Dritten nach der Verlobung und vor der Ehe, seitens des Mannes wie der Frau, 13: 7 G. B.

2. Doppelehe; selbst bei bona fides kann der erste Gatte Scheidung verlangen.
3. Desertio malitiosa mit 3jähriger Wartefrist in Dänemark und Norwegen.
4. Fortbleiben über 7 Jahre ohne hinreichenden, gesetzlichen Grund.
5. Verurtheilung zu lebenslänglicher Haft.
6. Lebensnachstellung.
7. Wenn 3 Jahre lang ununterbrochen der Gatte an unheilbarer Geisteskrankheit gelitten hat (nach schwedischem Recht), nicht nach dänischem und nordischem: D. L. 3—16—15. 5, N. L. 3—18—16—5.

Nachdem die Ehegatten eine Zeit lang a thoro et mensa getrennt gelebt (Adskillelse i Henseende til Bord og Seng, skilnad till säng och säte) kann die Regierung Auflösung der Ehe bewilligen.

Durch Tod des Gatten wird die Wittwe mündig ohne Rücksicht auf ihr Alter: D. L. 1—23—11, 3—17—41; Norsk L. 11. April 1863 § 1; 19: 3 Ä. B.

Ein Eheversprechen, eine Eheabrede ist in Dänemark und Norwegen jetzt nicht mehr bindend: dagegen hindert nach schwedischem Recht ein solches (fästning) die Verlobung und Eheschliessung mit Anderen, 4: 5 G. B.

In Dänemark ist der Vormund, der sein Mündel und der Beistand, der die betr. Wittwe schwängert, verpflichtet, die Frau zu heirathen oder, falls er verheirathet, ihr eine Vergütung zu ent-

richten (D. L. 6—13—2); sonst besteht solche Pflicht nicht, ausser es sei daneben die Ehe versprochen worden. Mehrere constupatores werden in Dänemark und Norwegen verurtheilt zu Alimenten, doch im Ganzen nicht auf mehr, als ein einzelner Erzeuger (Barnefader) zahlen müsste.

Wichtig ist, dass in Dänemark und Norwegen der Periode der völligen Unmündigkeit eine weitere der Mündigkeit oder Minderjährigkeit (in Dänemark von 18—25, in Norwegen von 18—21 Jahren) folgt, die dann erst zur Vollmündigkeit führt[4]). Danske L. 29 Dec. 1857, Norske L. 27 Marts 1869.

In Schweden werden unverheirathete Frauenspersonen mit 25 Jahren mündig, falls sie das nicht durch eine vor Gericht abgegebene Erklärung ablehnen: L. 16 Nov. 1863.

Wittwen, geschiedene und separirte Frauen sind vollmündig ohne Rücksicht auf ihr Alter, während Ehefrauen in Dänemark und Norwegen ohne Altersrücksicht als unmündig unter Vormundschaft des Mannes stehen. In Schweden sind Ehefrauen mündig in vermögensrechtlicher Beziehung 11: 1 und 3 G. B. (womit 9: 1 G. B. und 1: 8 und 10: 13 H. B. nicht in Widerspruch stehen).

Der Minderjährige übernimmt selbst sein Vermögen zu Verwaltung (D. L. 3—17—34, N. L. 3—19—34) und das Vermögen wird desshalb vom Vormund oder der Obervormundschaft ausgeliefert, wenn der Unmündige Minderjähriger wird. Doch soll der Kurator Aufsicht führen, dass nicht unnütz Vermögen verschwendet wird und er kann desshalb Einschränkungen machen, namentlich bei baarem Geld verlangen, dass es auf sichere Weise bei Dritten auf Darlehen oder dgl. ausgeliehen wird. Der Minderjährige kann nicht auf eigene Hand ein ihn belastendes Geschäft eingehen, sondern nur mit dem Kurator, der ihn ohne Zustimmung nicht verpflichten kann. Dagegen kann der Minderjährige mit Einwilligung des Kurators alle Geschäfte eingehen, die ein Vollmündiger abschliessen kann. Der Kurator steht nicht unter Aufsicht einer Pupillenbehörde, doch kann der Minderjährige ihn bei der Obrigkeit verklagen und diese kann ihn absetzen.

Aus dem erbrechtlichen Abschnitte hebe ich hervor, dass vom Erbrecht ausgeschlossen ist

---

[4]) cf. auch Mommsen im Archiv f. civil. Praxis LXI. 164 Note.

1) der Erbe, welcher den Erblasser vorsätzlich oder grobfahrlässig tödtet;

2) nach nordischem Recht soll der, welcher vorsätzlich den Erben dessen tödtet, zu dem er selbst im Erbverhältniss steht, nicht das Erbe oder vergrösserten Erbtheil empfangen, das sonst ihm nach Gesetz oder Testament zugefallen wäre. Gleiches gilt, wenn ein Erbe vorsätzlich entweder tödtet die nachgelassene Frau des Erblassers, die von ihm schwanger ist, oder sie so misshandelt, dass das Kind todt zur Welt kommt, oder er in dieser Weise eine Erblasserin misshandelt, norsk Arvelov 1854 § 72, ähnlich 6: 2 Ä. B., während nach 6: 3 Ä. B. der Ehegatte, der den andern tödtet, seines Erbtheils verlustig geht bei Beerbung gemeinsamer Kinder.

3) Nach dänischem Recht soll derjenige, der einem seiner Ascendenten Gewalt anthut, und desshalb bestraft wird, seines Erbrechts verlustig gehen, falls nicht ausdrücklich der Gekränkte erklärt, dass im Erbrecht nichts geändert sein solle; ebenso bei den Injurien der §§ 215, 216 des Strafgesetzes, wo es der Gekränkte bestimmt. In beiden Fällen ist Aufhebung solcher Verwirkung durch testamentarische Bestimmung zugelassen (§ 304 Strafgesetz). Ebenso in Norwegen.

4) Der Ehegatte, der Ehebruch begangen hat und desshalb von dem andern getrennt wurde, verliert nach dänischem Recht sein Erbrecht in Folge Verwandtschaft gegenüber den in der Ehe erzeugten ehelichen Kindern, so lange der Unschuldige lebt und zu dessen Vortheil.

Der so vom Erbrechte Ausgeschlossene wird gewöhnlich als todt betrachtet, sodass seine Erben an der Beerbung nicht gehindert werden. Nur schliesst D. L. 5—2—74 und 6: 1 und 3 Ä. B. nicht bloss den Tödtenden, sondern auch dessen Erben von der Beerbung des Getödteten aus.

Bezüglich der Intestaterbfolge besteht in den drei Reichen für die ersten beiden Erbklassen volle Uebereinstimmung. Die erste Klasse bilden die Kinder und sonstige Nachkommen (Livsarvinger, bröstarfvingar) mit Repräsentationsrecht und Theilung in stirpes; die zweite die Eltern und die erste Seitenlinie in gleicher Weise.

Nach dänischem und nordischem Recht wird auch in den weiteren Klassen das lineale (Parentel-) Princip durchgeführt, während im schwedischen Recht die Erbfolge wesentlich nach Gradualprincip sich bestimmt.

Das dänische und nordische Recht fordert in der Regel schriftliche Testamente (vor einem Notar oder zwei Zeugen), das schwedische lässt auch mündliche zu, sofern nur zwei Zeugen zugezogen sind. Die Testirfreiheit ist jetzt eine weitergehende, als früher. Wer Leibeserben hinterlässt, kann nach dänischem Recht nur über $^1/_3$ verfügen (Fr 29 Dec. 1857 § 2), nach nordischem Recht über $^1/_4$ (Arvelov 1854 § 3) und nach schwedischem Recht über $^1/_2$ (Fr. 21 Dec. 1857 § 1). Nach dänischem Recht ist auch der überlebende Ehegatte Notherbe.

Diese kurzen Andeutungen mögen genügen, um auf den Werth des Werkes aufmerksam zu machen.

Als Fortsetzung sind in Aussicht gestellt: Prozessrecht von Dänemark (Auditeur Ipsen, Justizminister Dr. jur. Nellemann, Advokat am höchsten Gerichtshof Bergh), von Schweden (Prof. Broomée); Strafrecht von Prof. Goos; Sachenrecht 1. Abtheilung von Prof. Matzen und Dr. jur. Lassen, 2. Abtheilung von Assessor Dr. jur. Platou, Prof. Aubert u. A.; Staatsrecht von Prof. Aschehoug; Verwaltungsrecht von Prof. Rabenius; Rechtsquellen von Prof. Aubert.

Wir scheiden mit den besten Glückwünschen von diesem schönen Werke, das auch äusserlich durch prächtigen Druck und vorzügliche Ausstattung den günstigsten Eindruck hervorruft.

Schliesslich sei noch erwähnt die neue schöne Ausgabe des Danske Lov von Secher, Kopenhagen 1878.

Basel, Februar 1876. **Teichmann.**

Anton Randa, Beiträge zum Oesterreichischen Wasserrecht. 2. vermehrte Auflage. Prag 1878. 67 Seiten und Register.

Am 30. Mai 1867 ist in Oesterreich ein Gesetz betreffend die der Reichsgesetzgebung vorbehaltenen Bestimmungen des Wasserrechts ergangen; dieses Gesetz, aus 29 §§ bestehend, sollte selbstverständlich nur die grundlegenden Principien zum Inhalt haben,

deren weitere Ausführung durch eine Reihe von Gesetzen in den einzelnen Kronländern erfolgte. Der Verfasser giebt nun Beiträge zu Beiden, nämlich (nach einer historischen Einleitung S. 1—13) den Begriff der öffentlichen und Privatgewässer (S. 13—25), die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Gewässern (S. 25—34), die Rechtsverhältnisse an Privatgewässern (S. 34—47), die Competenz in Wasserrechtssachen (S. 47—53), die wasserrechtlichen Eigenthumsbeschränkungen (S. 53—56), die wasserrechtlichen Enteignungsfälle (S. 56—60). Die Beiträge zeichnen sich wie alle Randa'schen Arbeiten durch grosse Gründlichkeit aus und sind uns in allen ihren Theilen willkommen.

Ich bezeichnete oben das Oesterreichische Reichswassergesetz als eine Verordnung über die grundlegenden Principien. Man nehme diese Worte nicht allzuscharf; denn (um mit dem Verfasser zu reden) »es ist ein Compromiss der widerstreitendsten, vielfach unklaren Meinungsströmungen und daraus erklärt sich der Mangel eines durchgreifenden Princips und klar präcisirter Folgesätze.« Das zeigt sich sofort bei der Feststellung des Begriffs der öffentlichen und der privaten Gewässer. Es geht durch die Wissenschaft und Gesetzgebung unserer Zeit ein Zug, die öffentlichen Gewässer möglichst auszudehnen; auch das Oesterreichische Reichswassergesetz hat diese Richtung eingeschlagen; es erklärt für öffentlich 1) Flüsse und Ströme von der Stelle an, wo deren Benutzung zur Fahrt mit Schiffen oder gebundenen Flossen beginnt; 2) aber auch die nicht zur Fahrt dienenden Ströme und Flüsse sowie Bäche und Seen und andere fliessende oder stehende Gewässer sind öffentlich, soweit sie nicht in Folge gesetzlicher Bestimmungen oder besonderer Privatrechtstitel Jemandem zugehören; das Reichswassergesetz weist nur dem Grundbesitzer zu a) das unterirdische und zu Tage quellende Wasser, b) atmosphärische Niederschläge, c) das in Brunnen, Teichen, Canälen u. dgl. eingeschlossene Wasser, d) die Abflüsse aus vorgenannten Gewässern, so lange erstere das Eigenthum des Grundbesitzers nicht verlassen haben. Ich hebe aus den Erörterungen des Verfassers zwei Punkte hervor. Hinsichtlich der ersten Classe der öffentlichen Gewässer betont der Verfasser, dass das Gesetz nicht auf die Schiff- oder Floss*barkeit* sondern sonderbarer Weise auf die *wirkliche* Benützung der Flüsse zur Schifffahrt oder Flosserei Gewicht legt, und er folgert hieraus, dass der 24. Juli 1869 (als

der Tag, an welchem das Gesetz in Wirksamkeit trat) als der entscheidende Punkt anzusehen. So sehr ich mit dem Verfasser das Abweichen von der hergebrachten Formulirung der öffentlichen Gewässer tadle, so kann ich doch seiner Folgerung nicht beitreten; nicht bloss deshalb, weil sie sicherlich der Absicht des Gesetzgebers widerspricht, sondern auch, weil sie mit der Fassung des Gesetzes selbst unvereinbar ist; wenn das Gesetz Flüsse und Ströme für öffentlich erklärt »von der Stelle an, wo deren Benutzung zur Fahrt mit Schiffen oder gebundenen Flossen beginnt«, so setzt es doch keinen Zeitpunkt für das »Beginnen« fest, vielMehr kann — die natürliche, factische Möglichkeit vorausgesetzt — jedes Jahr die Fahrt beginnen, und der Fluss alsdann in die erste Classe der öffentlichen einrücken; bis die Fahrt wirklich begonnen (das scheint mir der Inhalt der neuen Formulirung zu sein) soll der Fluss trotz seiner Schiff- oder Flossbarkeit nicht zur ersten Classe der öffentlichen Gewässer gehören. Hinsichtlich der Privatgewässer macht der Verfasser bei der Nummer d die Bemerkung, dass sie, soweit es sich um ständige Abflüsse handelt, ungenau sei, da in den §§ 10, 12 des Gesetzes sich Einschränkungen zu Gunsten der Nachbarn und im öffentlichen Interesse vorfinden; ich kann dem Vorwurf nicht beitreten: der § 4 Nr. d enthält bloss das Princip, die §§ 10 ff. die näheren Bestimmungen. Dahingegen hätte ich gewünscht, dass der Verfasser, der ja oft das kritische Messer gegenüber dem Gesetze handhabt, sich auch hier von diesem Standpunkt aus geäussert hätte; mir wenigstens ist jene Nr. d, die einer Reihe deutscher Wassergesetze nachgebildet ist, immer als eine der verkehrtesten erschienen. Man bedenke nur folgenden Fall: die Elbe entspringt auf den sog. Elbwiesen im Riesengebirge; soweit nun die Elbwiesen demjenigen gehören, auf dessen Grundstück die Quelle entspringt, soweit ist der anfängliche Lauf der Elbe ein Privatwasser; sollte er ein Stück Wiese, auf welchem die Elbe läuft, hinzukaufen, so würde zugleich ein neues Stück der Elbe Privatwasser werden; sollte er ein Stück abverkaufen, so würde das darauf befindliche Elbstück aufhören, Privatgewässer zu sein; ist solch ein Resultat erträglich?

Bei der Darstellung der Rechtsverhältnisse der öffentlichen und Privatflüsse kommt der Verfasser zu dem Endschluss, dass bei beiden die Annahme eines Flusseigenthums nicht geboten sei; bei den öffentlichen Flüssen ergeben sich die gesetzlichen Bestimmungen aus

dem Staatshoheitsrecht resp. aus der Regalität, bei den Privatflüssen sei, (— wenn man von der Fischereigerechtigkeit und anderen Nebennutzungen auf Sand, Schlamm u. s. w. absieht —) kein ausschliessliches Wasserbenutzungsrecht vorhanden (also kein Eigenthum), sondern vielmehr ein solches, das »kaum irgendwie wesentlich über die Grenzen des Gemeingebrauchs hinausgeht«. So sehr ich der allgemeinen Beweisführung des Verfassers beitrete, so halte ich doch die zuletzt angeführte Aeusserung für unbegründet; die Zu- und Ableitung von Wasser in Gräben, die Errichtung von Triebwerken und Stauanlagen ist doch sicherlich nicht im Gemeingebrauch enthalten, und ragt doch über denselben hoch heraus. Im Uebrigen betone ich, dass, wie der Verfasser nachweist, das Concessionsprincip im Oesterreichischen Wasserrecht das bei weitem vorwiegende ist; und zwar nicht bloss bei öffentlichen Gewässern, sondern auch bei privaten, sofern sie fliessend sind; bei den letzteren ist zur Errichtung von Wasseranlagen jeder Art, namentlich von Triebwerken und Stauanlagen, dann die Bewilligung der Verwaltungsbehörde erforderlich, wenn durch dieselben auf den Lauf, auf das Gefälle oder die Höhe des Wassers in öffentlichen Gewässern, oder auf fremde Rechte, namentlich auf bereits bestehende Wasserwerke (Mühlen, Wehranlagen, Wasserzuleitungen für landwirthschaftliche oder gewerbliche Anlagen) eine Einwirkung entsteht. »Da bei dem Zusammenhang der fliessenden Gewässer und bei dem rechtlichen Bestande zahlreicher Wasserwerke flussauf- und flussabwärts eine solche Einwirkung fast bei jedem Trieb- oder sonstigen Wasserwerk eintreten kann, wird die behördliche Concession bei dergleichen Anlagen auch in Privatflüssen die Regel bilden« (S. 41). Der Verfasser spricht in seiner historischen Einleitung auf S. 6 die Meinung aus, dass auch nach Römischem Recht, »soweit Privatpersonen zu einer gewissen vorzugsweisen Benützung des öffentlichen Gewässers einer dauernden Vorrichtung (z. B. Triebwerke) bedürfen, eine besondere staatliche Concession erforderlich sei«; die Leser dieser Zeitschrift wissen indess aus meinem Aufsatz Bd. I, S. 270 ff. (namentlich S. 272 Note 13), dass ich mich zu der gegentheiligen Meinung bekenne.

Weniger aus den Erörterungen des Verfassers als vielmehr aus dem Oesterreichischen Wasserrecht selbst möchte ich noch Zweierlei anführen, was mir recht wissenswerth zu sein scheint.

Einmal dass das Oesterreichische Recht ein Wasserbuch

kennt. Es ist offenbar dem Grundbuch analog; es wird amtlich geführt; alle Wasserrechtsconcessionen werden in dasselbe eingetragen; wo der Bestand und Umfang des Rechts nicht genügend sichergestellt werden kann, da ist vorläufig der factische Bestand einzutragen. Mit dem Wasserbuch ist eine Wasserbauten- und Urkundensammlung verbunden; dort sind die Urkunden, auf welche sich die eingetragenen Wasserrechte beziehen, in amtlicher Abschrift vorhanden.

Sodann dass unter den Zwangsrechten, um die nutzbringende Verwendung des Wassers zu fördern oder dessen schädliche Wirkungen zu beseitigen, sich auch folgendes befindet: es muss bei fliessenden Privatgewässern derjenige, dem das Wasser gehört, insoweit er es nicht benöthiget und innerhalb einer ihm behördlich zu bestimmenden, den Verhältnissen entsprechenden Frist auch nicht benützt, Anderen, die es nutzbringend verwenden können, gegen angemessene Entschädigung überlassen (Reichswassergesetz § 15 lit. a). Auch deutsche Wassergesetze haben diese Bestimmung, aber sie beschränken sie auf den Fall, dass ein überwiegendes Interesse der Landescultur oder der Industrie vorliegt; sie stellen damit eine Bedingung, welcher nur schwer genügt werden kann; der Verfasser aber befürchtet von dem Oesterreichischen Gesetz Missbrauch und vertheidigt die eingeschränkteren Bestimmungen der deutschen Wassergesetze (S. 57 Nr. 1); ich kann mich nicht erwehren, der Oesterreichischen Bestimmung den Vorzug zu geben.

Baron.

Adolph Samter, der Eigenthumsbegriff. Jena 1878. 35 Seiten.

Der Verfasser trägt in dieser kurzen, ohne Zweifel eine weitere Untersuchung einleitenden Arbeit hauptsächlich den beachtenswerthen Gedanken vor, dass das Eigenthumsrecht eine besondere Gestalt annehmen könne, wo es statt einer Einzelperson einem Verein von Menschen oder aber den politischen Corporationen zustehe. Er meint

damit zugleich die Schwierigkeit zu beseitigen, die sich daraus ergibt, dass das zunächst als ein Recht physischer Personen beobachtete und demgemäss beschriebene Eigenthum dann auch gewissen besondern Gebilden, die nicht Menschen sind, zuerkannt wird. Freilich überschätzt er die Tragweite des von ihm gefundenen Gedankens, wenn er den Begriff der juristischen Person damit überflüssig gemacht zu haben glaubt; denn wir finden nichtmenschliche Personen nicht allein als Subjekte des Eigenthumsrechtes, sondern überhaupt als Rechtssubjekte, als Forderungsberechtigte, Nutzniesser u. s. w. Was aber die wichtigste Consequenz angeht, zu der unser Verfasser gelangt, und diejenige, die ihm selbst offenbar am Meisten am Herzen liegt, so besteht sie darin, dass in der Definition des Eigenthumsrechtes das Mass der zulässigen Einwirkung auf die beherrschte Sache gar nicht erwähnt werden soll. Diese Meinung aber wird sich ebenfalls schwer vertheidigen lassen. Denn die blosse Bezeichnung des Eigenthümers als des ausschliesslichen Beherrschers kann doch keinen andern Sinn haben, als dass der Eigenthümer Jeden, der nicht, wie z. B. der Servitutenberechtigte, der Pfandgläubiger u. s. w., aus besonderm Grund Rechte an der Sache hat, von der Einwirkung darauf ausschliesst. Kann man aber nicht dieselbe Art ausschliesslicher Herrschaft auch von den übrigen dinglich Berechtigten aussagen? Wenn die Ausschliesslichkeit der Herrschaft offenbar darin besteht, dass Keiner, der ausserhalb des Kreises der dinglich Berechtigten sich befindet, einen Einfluss auf die Sache üben darf, so theilen diesen Vorzug vor den Fremden Alle, die im Kreis der dinglich Berechtigten sich befinden. Ein Unterschied lässt sich nur dann angeben, wenn die übrigen Berechtigten bestimmte, abgegrenzte Befugnisse besitzen, der Eigenthümer nichtbegrenzte. Das heisst nicht, dass seine Befugniss unbegrenzt ist; sie umfasst nicht, was ihm ausdrücklich abgesprochen und entzogen ist. Gerade von nationalökonomischer Seite hat vor einigen Jahren Knies (das Geld p. 86—91) die Zulässigkeit, dem Eigenthümer bestimmte Arten der Einwirkung auf die beherrschte Sache allgemein zu versagen, überzeugend dargethan, wie derselbe auch darauf hingewiesen hat, dass das jus abutendi des römischen Rechts nicht nothwendig die Befugniss des Missbrauchs bedeuten muss, sondern im Gegensatz zu dem jus utendi sich als das Recht erklären lässt, bei Gelegenheit des Gebrauchs zu zerstören. Uebrigens würde die gesetzliche Be-

schränkung des Eigenthums, mit andern Worten der materielle Inhalt dieses Rechtes, nicht einzig nach der Persönlichkeit des Berechtigten zu gestalten sein. Der Staat selber hat seine verschiedenen Besitzthümer zu ungleichen Zwecken zu eigen, seine Schulen und Chausseen zu einem andern als seine Feldgüter und Bergwerke, und wenigstens für einen Theil seines Eigenthums würde er sich unter allen Umständen denselben Schranken fügen müssen, die er als Gesetzgeber seinen eigenen Unterthanen zieht. **E. Leser.**

Nouvelle Revue historique de droit français et étranger. Publiée sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, Eug. de Rozière, Paul Gide, Rod. Dareste, Gust. Boissonade, Jaques Flach. Paris, Larose. Vol. I. 1877. 713 S. 8⁰. u. bulletin bibliographique 90 u. 27 S. Vol II. 1878. 744 S. u. bull. bibliogr. 72 S.

Die unter dem Namen „Revue historique de droit" i. J. 1855 begründete Zeitschrift änderte i. J. 1870, nachdem 15 Bände werthvoller rechtshistorischer Arbeiten erschienen waren, Tendenz und Namen und verwandelte sich in eine „Revue de législation française et étrangère", von welcher in den Jahren 1870—1877 sechs Bände publicirt wurden. Neuerdings nun ist die Zeitschrift zu ihrem ersten Programm zurückgekehrt und hat mit ihrer dritten Folge den Titel „Nouvelle Revue historique du droit français et étranger" adoptirt. Sie will in ihrer verjüngten Form ein Bindeglied zwischen den rein historisch-archäologischen Journalen einerseits und den Zeitschriften für Rechtswissenschaft und vergleichende Gesetzgebung andererseits bilden. In einem kurzen Avertissement hebt die Redaktion hervor, dass sie nicht blos, wie zuvor, selbstständige neue Forschungen bringen will, dass sie vielmehr es neben jener Aufgabe als ihre Pflicht betrachte, mehr als bisher „summarische Analysen" über die hoch anschwellende und daher von dem Einzelnen kaum noch zu bewältigende Bücher- und Dissertationenfluth des In- und Auslandes dem Leserkreise darzubieten.

Dem Avertissement entspricht durchaus der in 6 Heften vollendet vorliegende 1. Jahrgang. Er enthält zunächst eine Reihe selbstständiger rechtshistorischer Forschungen, aus denen wir hier nur Caillemer's Abhandlung über das athenische Erbrecht, de Maulde's Untersuchung über Avignon's Coutumes und Reglements im 13. Jahrhundert, sowie Renault's Arbeit über Post und Telegraph als besonders werthvoll hervorheben.

Eine neue Erklärung der vielbestrittenen chamavischen Freilassung per hantradam bietet Havet; sie scheint indess doch höchst bedenklich; denn könnte man sich auch mit der Voraussetzung eines fingirten Freiheitsprocesses befreunden, so ist es doch sehr wenig wahrscheinlich, dass der Zwölfereid ein assertorischer gewesen und den Beklagten, der doch erst durch das Urtheil freigelassen werden sollte, als frei bezeichnet habe; dieser Eid, zu dem nach Havet der Kläger dem Verklagten die Eideshelfer selbst gestellt haben soll, wäre ja unweigerlich ein Meineid gewesen. Havet nennt ihn selbst eine „attestation fausse dans l'espèce!" Ehe man den Chamaven solche Handlung zutrauen darf, scheint es doch berechtigter, mit Sohm den Eid als promissorischen aufzufassen; nicht der Freizulassende, sondern der Freilasser und seine Eidesleister leisteten ihn.

Die Deutsche Jurisprudenz findet reiche Berücksichtigung in einer Reihe von Recensionen (über Ihering, Gengler, Randa, Bruns) sowie in einer allgemeinen, zwar kurzen, aber trefflichen kritischen Revue der Gesammtliteratur des Jahres 1876. Ueberdies enthält der Band zwei jener programmmässigen Referate über bedeutende neuere Forschungen Deutscher Gelehrter: einerseits einen Bericht Lefort's über les nouvelles recherches sur la saisine (im Anschluss an Heusler), andererseits einen werthvollen Aufsatz Rivier's über die Geschichte der Rechtswissenschaft in der ersten Hälfte des Mittelalters, welcher an die Arbeiten von Fitting, v. Stintzing, Ficker, v. Schulte, Dernburg und Mommsen in kritischer Weise anlehnt.

Sodann wird über neuere Ausgrabungen von Ephesus, Osuna und Pompeji berichtet, zum Theil unter sorgfältigem Commentar der gefundenen Rechtszeugnisse Seitens Charles Dareste und Caillemer.

Zum Inhalt des ersten Bandes gehört noch die das Ausland und Inland berücksichtigende Chronik, sowie eine Reihe von Nekrologen, deren einer Bethmann-Hollweg gewidmet ist.

Band II ist nicht minder reichhaltig. Wir heben hervor die Aufsätze von P. Gide über die Delegation, Esmain über das Verbrechen des Ehebruchs in Rom, von Boutmy über die Quellen der englischen Verfassung, von J. Flach über die Broncetafel von Aljustrel (lex metalli Vispacensis) und von Crémazy über das muselmännische Recht im französischen Indien.

Für die Deutschen Rechtshistoriker von hervorragendem Interesse ist die von Urkunden begleitete Arbeit Aug. Prost's: l'ordonnance des Majours, étude sur les institutions judiciaires à Metz, du XIIIe siècle au XVIIe; durch die publicirten Urkunden fällt u. A. auch ein volles Licht auf das bisher noch nicht ganz aufgeklärte Adramiren; wir ersehen nunmehr, dass es eine feierliche Versicherung bedeutete und in der Ceremonie des Ausziehens eines Barthaares resp. eines Kleiderfadens bestand.

Mit der Nouvelle Revue historique verbunden, jedoch unter eigener Paginirung, erscheint ein bulletin bibliographique, das für Bd. I 90 Seiten Text und 27 Seiten Register, für Bd. II 72 Seiten füllt. Dies Bulletin befriedigt ein wahres Bedürfniss, indem es die gesammte neueste juristische Literatur aller Culturstaaten umfasst und auch den Inhalt der Zeitschriften, selbst derjenigen nicht rein juristischen Inhalts, sorgfältig berücksichtigt. Wohl nur dem Streben nach höchster Vollständigkeit ist es zuzuschreiben, wenn in Bd. II unter No. 131 auch Oberbreyer's heiteres jus potandi oder deutsches Zechrecht (Commentbuch des Mittelalters, nach dem Original von 1616) unter der Rubrik „histoire du droit et sciences auxiliaires“ mitverzeichnet ist!

Heidelberg. **Cohn.**

Literatur-Uebersicht.[1]

I. Personen- und Familienrecht.

A. Im Allgemeinen.

1. Alvarez. La familla y la propriedad. (Revista Europea 1877 Septbr.)
2. Bertram. Das nassauische Familien- und Vormundschaftsrecht. gr. 8. VIII — 350 p. Wiesbaden. Limbarth.
3. La famille et le mariage dans les sociétés primitives, d'après Bachofen. Rev. scientifique 1877 12. Mai Nr. 46.
4. Krah, C. Das Personenrecht nach Reichsrecht und Landesrechten und die grossen Justizgesetze für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen zum praktischen Gebr. bearbeitet. gr. 8. Frkf. a/M. Jäger. 1877.
5. Lardy, C. Les législations civiles des Cantons suisses en matière de tutelle, de régime matrimonial quant aux biens et de succession. gr. 8. avec 12 cartes en chromolithographie. Paris, Sandoz et Fischbacher.
6. Lehr, Ernest. Eléments de droit civil russe (Russie, Pologne, provinces baltiques). Droit des personnes et droit de famille; droit réels, successions ab intestat. 8. XII — 509 p. Paris. Cotillon.
7. London. Quaestiones de historia juris familiae, quod in lege Visigothorum inest. Diss. inaug. 8. VIII. 72 p. Königsberg. Hübner u. Matz.
8. Martin-Lacroix, P. A. Le Code du mariage et de la famille, d'après l'Ancien et le Nouveau Testament comparé au Code civil. 18. 146 p. Tours, Mattier.
9. Mandry, G. Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts. II. 622 p. Tübingen. Laupp 1876.

[1]) Abgeschlossen den 15. August 1878.

10. H. S u m n e r - M a i n e. De l'organisation juridique de la famille chez les Slaves du Sud et chez les Rajpoutes. (Revue génér. du droit etc. Thorin Paris. 1878. Mai-Juni), auch im Nineteenth Century 1877 Decbr.

B. Die Stellung der Frau.

11. C a s t e l l a r i, G. Della condizione giuridica della donna secondo il codice civile italiano. 8. 232 p. Torino, Loescher.
12. F o l l e v i l l e, D. d e. Incapacité de la femme mariée. (La France judiciaire II. 1878. 16. Avril.)
13. J o l l y, J. Ueber die rechtliche Stellung der Frauen bei den alten Indern nach den Dharmaçâstra (aus den Sitzungsberichten der Kgl. bayer. Akademie der Wissensch.) gr. 8. 59 p. München, Franz.
14. La posizione legale delle donne. (Rivista Europea. 1877. Januar.)
15. L e h r, E. La condition de la femme dans la Grèce antique. (Bibl. univ. et Revue suisse 1877, April.)
16. L e h r, E. De la condition de la femme chez les peuples slaves. (Bibl. univ. et Revue suisse. 1878, Febr.)
17. C a y e t a n o L o b a t o n y A r a n d a. Die Rechtsfähigkeit der Ehefrau. (Revista general de legislacion y jurisprud. 1878. Januar.)
18. P i n o t, O c t a v e. La femme dans la société et dans la famille aux diverses époques du droit romain et du droit français. Thèse pour le doctorat. 8. 266 p. Angers, Lachèse Belleuvre et Dolbeau.
19. S o h m, R u d. Die Stellung der Frau im Deutschen Recht. (Deutsche Rundschau, 1878 Heft I.)
20. V a v a s s e u r, A. Jurisprudence sur la capacité civile des femmes. Retour du Velléien. (Revue critique de législation et de jurisprudence. VII. Nr. 5; Mai 1878.)

C. Eherecht.

I. Im Allgemeinen.

21. A r a n j o, F. Ensayo histórico-juridico sobre el matrimonio en Roma. 8. 126 p.
22. B e d r o s, T h. C h a c h i a n. Etude sur le caractère el les conditions constitutives du mariage en droit romain et en dr. français. Textes contenant des renseignements sur les coutumes de l'A r m e n i e à l'époque de Justinien et avec la traduction en regard. 1875. 8. Paris, Durand et Pedone-Lauriel.

23. Bréda, Comte de. Considérations sur le mariage au point de vue des lois. 18 jésus. XXXI. 490 p. Paris. Palmé.
24. Brun, Lucien. Le mariage. (Rev. cathol. des institutions et du droit. 1877. Mars.)
25. Bürmann, H., Concubinat in Athen und die angebliche Bigamie des Sokrates. (Jahrbuch für classische Philologie. Supplementband IX.)
26. Carbonero y Sol, L. Tratado téorico práctico del matrimonio, de sus impedimentos y dispensas. 2. Edit. 4. 1088. Madrid. Dubrull.
27. Cauvet, du mariage des serfs. (Bullet. de la Commiss. archéol. de Narbonne I.)
28. Ehe und Eheschliessung im 4ten Jahrhundert. Historisch-politische Blätter Bd. 80.
29. Filomusi-Guelfi. La regola „locus regit actum“ nel matrimonio. (Il Filangieri. 1877 Nr. 7.)
30. Hauber, F. A. Würtembergisches Eherecht der Evangelischen. 2. Ed. gr. 8. XVI — 96 p. Ulm, Ebner.
31. Maassen, F. Unser Eherecht und das Staatsgrundgesetz. Ein Vortrag, gehalten in der Wiener juristischen Gesellschaft. 8. 27 p. Graz. Leuschner u. Lubensky. 1878.
32. Rittner, Ed. Oesterreich. Eherecht, systematisch und mit Berücksichtigung anderer Gesetzgebungen dargestellt. VI. u. 367 p. 8. Leipzig 1876. Duncker u. Humblot.
33. Weber, J. Das staatliche Eherecht in Würtemberg, für Gebildete dargestellt. gr. 16. III. 83 p. Augsburg. Schmid.
34. Weber, J. Das in Deutschland, der Schweiz und Oesterreich geltende staatliche Eherecht. gr. 16. 64 p. Augsburg. Schmid.

II. Eheschliessung. Ehehindernisse.

35. Collier, R. Curiosities of english law, conditions in restraint of mariage. (The Law magazine and Review 1877. August.)
36. Einsiedel, H. v. Die Verheirathung ohne Einwilligung der Eltern oder des Vormundes vom juristischen Standpunkte betrachtet. 8. 47 p. Leipzig. Rossberg.
37. Friedberg, E. Geschichte der Civilehe. 2te bis auf die Gegenwart fortgesetzte Auflage. 8. 40 p. Berlin. Habel.
38. Friedberg, E. Verlobung und Trauung. Leipzig. Tauchniz 1876. 8. 78 p.
39. Gairal, A. Le mariage civil et le mariage religieux. (Revue cath. des inst. et d. dr. 1877. Novbr.)
40 Goldenring, Das Recht des elterlichen und vormundschaftlichen

Heirathsconsenses im Gebiet des Prss. Allg. Land-Rechts und Einfluss des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preuss. Recht. 1877).

41. Grosspietsch. Hochzeitsgebräuche des russischen Landvolks nach den Volksliedern. Russische Revue X., XI.
42. Hinschius, P. Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung v. 6. Febr. 1875. 2 Bd. 8. 495 p. Berlin. Guttentag.
43. Huschke, E. Die Lehre von den verbotenen Verwandtschaftsgraden der Eheschliessung. 8. 31 p. Breslau, Dülfer.
44. La ley del matrimonio civil. (Gaceta del Ministerio fiscal. Nr. 85.)
45. Maranon Gomez Arebs. Examen del decreto de 9. de Febr. de 1875, reformando la Ley del matrimonio civil. 4. 22 p. Madrid. (La Revista de Legislacion.)
46. Scheurl. Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechts. gr. 8. 177 p. Erlangen, Deichert.
47. Sincholle, A. Le mariage civil et le mariage religieux. 18. Paris. Marescq aîné.
48. Sohm, R. Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt. Weimar 1875. Böhlau. 8. 335 p.
49. Sohm, R. Trauung und Verlobung. Eine Entgegnung. Weimar 1876. Böhlau. 8. 147 p.
50. Thézard, L. Le mariage civil. (Revue génér. du droit etc. Thorin 1877. 5tes u. 6tes Heft.)

III. Eheverträge. Eheliches Güterrecht. Erbrecht der Ehegatten.

51. De Azcárate, derechos hereditarios de los conyuges. (Revista general de legisl. y jurisprud. 1878. Jan.)
52. Beldimano, Ant. De pactis dotalibus secundum jus romanum. 8. 41 p. Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht. Gekrönte Preisschrift.
53. Berge, Steph. Des droits successoraux du conjoint survivant. Etude sur le projet de loi voté par le Sénat le 9. Mars 1877. (Extrait de la Rev. génér. du droit etc. Paris. Thorin. 1877.)
54. Bicci, Studi sul Art. 1398 del Codice civile italiano. Dei lucri dotali. (Archivio giuridico XIX.)
55. Bosviel, Ch. De la restitution de la dot en dr. rom., du régime dotal en dr. franç. 8. 172 p. Paris, impr. Wittersheim. Thèse.

56. Clément, H. Questions pratiques sur l'hypothèque légale de la femme mariée suivies d'une dissert. sur l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. 8. Paris, Durand et Pédone-Lauriel.
57. Coulon, M. Observations sur un projet de loi attribuant à l'époux survivant une part de la succession de son conjoint. (France judiciaire. 1877. Nr. 13. 1. Mai.)
58. Esmein, De la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux. (R. crit. de lég. et de jurisp. 1877, Febr.)
59. Folleville, D. de. De l'incapacité complète de s'obliger stipulée dans le contrat de mariage. 8. 16 p. Paris, Durand u. Pédone-Lauriel.
60. Folleville, D. de. Théorie des prélèvements. (Rev. gén. du dr. etc. Paris. Thorin. 1878. Mai u. Juni.)
61. Galluppi, E. La dote secondo il diritto civile italiano. 8. VIII. 323 p. Turin, Bocca.
62. Grüber, E. Versuch einer Erklärung der l. 9 §. 1 D. de jure dotium, 8. 36 p. München, Ackermann.
63. Jutier, des pactes etc.; de l'hypothèque légale de la femme mariée. 8. 238 p. Paris, Pichon. 1877. Thèse.
64. Olivecrona, D'. Om makars giftorätt i bo. (Ueber die eheliche Gütergemeinschaft.) 1. Theil, 4. Ed. 1876. 8. 220 p. Upsala u. Stockholm.
65. Paoli, B. La dote, i beni parafernali e la comunione dei conjugi secondo il codice civile italiano. Genua, Sorda. 8. 162 p.
66. Pasteau, P. A. Des donations entre époux, en dr. rom. et en dr. franç. Paris, Malverge et Dubourg. 8. 271 p.
67. Pieyre, E. A. Du Sénatus-Consulte Velléien en droit romain. De la constitution de dot sous le régime dotal, de sa nature et de ses effets quant à l'inaliénabilité et à l'imprescriptibilité des biens dotaux en dr. français. 8. 263 p. Paris, Pichon.
68. Piolet, Ch. Etude sur la communauté réduite aux acquêts et la société d'acquêts jointe au régime dotal; avec une préface de M. Dan. de Folleville. 8. Paris. Marescq aîné.
69. Revillout, Contrats de mariage égyptiens. (Journal asiatique. 1877. Aug. Septbr.)
70 Robinet de Cléry. De la dot promise sous condition de mariage religieux. (Revue cath. des instit. et du droit. 1877. Jan.)
71 Roth, P. v. Das deutsche eheliche Güterrecht. (Ztschr. f. vgl. Rechtsw. I. 1. 1878)
72. Ulmann, D. Die Stellung der Ehegatten im Concurse. (Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht der Gegenwart. IV. 1877 Nr. 1.)
73. Thézard, L. Les droits du conjoint survivant d'après un nouveau projet de loi. (Rev. crit. de législ. et de jurispr. VI. 1877 Juni.)
74. Vuébat, Ch. De la restitution du dos en dr. romain. De la sepa-

ration de biens sous le régime dotal en dr. franç. 8. 330 p. Nancy. Impr. Réau. Paris. Cottillon.

75. Wallon, E. De la dot mobilière en dr. rom. et en dr. franç. 8. 384 p. Paris. Thorin.

IV. Scheidung. Wiederverheirathung. Naturalisation der Ehegatten.

76. Bluntschli. Deutsche Naturalisation einer separirten Französin und Wirkungen der Naturalisation. Heidelberg 1876.
77. Bluntschli. De la naturalisation en Allemagne d'une femme séparée de corps en France et des effets de cette naturalisation. Paris 1876. (Extrait de la Revue pratique de dr. franç.)
78. Divorce and Divorce laws. (The catholic world. 1877. Juni.)
79. Fairbanks, L. S. The Divorce Laws of Massachusetts. The Statutes analyzed and explained, with Abstracts from the decisions of the Supr. Court, General Comments, Notes. Explanations and Forms. 8. 64 p. L. S. Fairbanks.
80. Filomusi-Guelfi. Della naturalizzazione, della separazione personale e del divorzio di una donna francese o italiana nei rapporti del diritto internazionale privato. Roma 1876.
81. Folleville, Dan. de. Un mot sur le cas de Mme. la princesse de Bauffremont aujourd'hui princesse Bibesco. De la naturalisation en pays étranger des femmes séparées de corps en France. Paris 2te Ed.
82. Henry, Lucien. Du mariage en France des personnes divorcées à l'étranger. (France judiciaire. 1877 Nr. 11. 1. April.)
83. v. Holtzendorf, Franz. Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco (früheren Fürstin Bauffremont). München 1876. Rev. d. dr. intern. et de lég. const. 1876 No. 2.
84. Labbé, I. E. De la naturalisation et du divorce au point du vue des rapports internationaux. Journ. du dr. intern. privé 1877 No. 2.
85. La Manna. Il divorzio. (Il circolo giuridico. VII, Heft 11 u. 12.)
86. Le Senne. Du tribunal compétent pour juger la demande de séparation de corps. (La France judiciaire. II. Nr. 8 1877, 16. Febr.)
87. Lehr, E. Des conséquences juridiques de naturalisation au point de vue du divorce. (Journ. de dr. intern. privé. 1877 Nr. 3 und 4.)
88. Louis, G. Du divorce des Français à l'étranger. (Rev. génér. du droit. Thorin. I. 1877.)
89. Massol, M. De la naturalisation de la femme séparée de corps. Paris. Billard et Co.

90. Reverchon, Examen doctrinal des effets de la naturalisation du mari sur la situation de la femme. (Rev. crit. de lég. et de jur. 1877. Febr.)
91. Sicard, P. Du divorce en dr. rom. De la séparation de corps en dr. franç. 219 p. 8. Paris. Thèse.
92. Stölzel, A. Wiederverheirathung eines beständig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten. Berlin. Vahlen. 8.
93. Teichmann, A. Etude sur l'affaire de Bauffremont envisagée au point de vue des législations française et allemande. 8. 70 p. Basel et Paris. (Marchal, Billard et Co.)
94. Turazza. Affaire Bauffremont. (Archivio giuridico. XVIII. 1877. Fasc. 4 - 6.)
95. Wasserschleben, H. Ehescheidungsrecht kraft landesherrlicher Machtvollkommenheit. gr. 8. 49 p. Giessen. Ricker.
96. Zamperini, L. Il divorzio considerato nella teoria et nella practica. di Dom. di Bernardo. 16. 132 p. Verona, Münster.

D. Väterliche Gewalt.

97. Bassani. Della patria potestà in diritto romano considerato specialmente rei suoi effetti giuridici. Ferrara, Paddei.
98. Decourteix, Alb. De la responsabilité du père de famille. Etude de morale et de législation. Paris. Marchal et Billard.
99. Fuzier-Herman. De la protection légale des enfants contre les abus de l'autorité paternelle. Mémoire couronné par l'Acad. de législ. de Toulouse. 8. 125 p. Paris, Marescq aîné.
100. Gardeil, Eug. De la puissance paternelle à Rome et en France. 8. 185 p. Nancy, Wagner. Thèse.
101. Nourrisson, rapport sur la responsabilité du père de famille de Decourteix (No. 98). Séances et travaux de l'Acad. des sc. mor. et polit. 1877. Febr.
102. Piras, Ant. Sul diritto dei genitori di rappresentare i figli soggetti alla patria potestà ed amministrarne i beni. (Sassari, Imp. Dessi.)
103. Salvia. La patria potestad. (Revista de la Universidad de Madrid 1877. Jan. Febr.)

E. Adoption.

104. Angély, Maurice d'. De l'adoption en droit romain et en dr. franç. 8. 241 p. Paris. Pichon.

105. Gillet. De l'adoption et de la tutelle officieuse. (Rev. prat. de dr. franç. XLVIII.) Nr. 5 bis 8. Paris Marescq. aîné.
106. Whitmore. The Law of Adoption in the United States and especially in Massachusetts. 8. VII. 111 p. (Munsell).

F. Natürliche Kinder. Legitimation. Alimentation.

107. Berge, S. La recherche de la paternité. (Rev. gén. du droit. Thorin. 1878. Heft 4.)
108. Buniva. Sulla validità del riconoscimento d'un figlio naturale fatto in un testamento olografo. Turin.
109. Caro, Edm. De la condition des enfants naturels en dr. rom. Du droit des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère en dr. franç. 8. 284 p. Paris, Pichon.
110. Chevallier, de l'obligation alimentaire entre parents illégitimes. (R. pratique de dr. fr. 1877.)
111. Detourbet. Filiation naturelle, reconnaissance, testament olographe, legs. (Rev. pratique de dr. franç. 1877.)
112. Jeny, Lucien. Etude sur l'obligation alimentaire entre parents et alliés dans l'ancienne Rome et en droit français. Nouv. Ed. Paris. Thorin, 1876. 351 p.
113. Moraux, Em. De la filiation naturelle en dr. rom. et en dr. franç. 8. 263 p. Douai, Duramon.
114. Piolet, C. De l'obligation alimentaire sous le droit romain, le droit coutumier et le code civil. Thèse. 8. 261 p. Douai, Crépin.
115. Petroni. Il diritto e gli alimenti dei figli naturali. (Il Filangieri. Septbr. 1877.)
116. Salom. Sulla legittimazione per susseguente matrimonio. (Archivio giuridico. XVII. Heft 2. August 1876.)

G. Vormundschaft.

117. Boas, F. Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. 15 p. Arnswalde 1878.
118. Chorinsky, C. Graf. Das Vormundschaftsrecht Oesterreichs vom 16. Jahrhundert bis zum Erscheinen des Josefinischen Gesetzbuchs. 8. 444 p. Wien, Hölder.
119. Dernburg, Heinrich. Das Vormundschaftsrecht der Preussischen Monarchie nach der Vormundschaftsordnung v. 5. Juli 1875. 2. Ed. 1876.
120. Dufour, traité complet de la tutelle et de l'administration légale. 8. 315 p. Lille. Impr. Danel.

121. Flurer, l'organisation de la tutelle en Prusse. (Bulletin de la Société de lég. comp. 1878. Febr.)
122. Kurlbaum, K. Die Vormundschaftsordnung vom 5ten Juli 1875 nebst den Gesetzen vom 12. Juli 1875 und 19. Juli 1875. (18. Ed.) 60 p. Berlin 1876. Vahlen.
123. Löwenstein, O. Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 erläutert. Berlin, Heymann. 2te Ed. 8. 234 p.
124. Neumann, C. Die preuss. Vormundschaftsordnung erläutert. 8. 229 p. Berlin, Vahlen.
125. Toutée, P. Des fonctions du tuteur des impubères en droit romain et du tuteur des mineurs en dr. franç. Thèse. 8. 196 p. Paris, Larose.

H. Minderjährige. Nascituri. Verschwender.

126. Castelbolognesi. Della capacità giuridica dei nascituri. (Arch. giuridico. XIX.)
127. De Cillis, Conte S. Della prodigalità considerata nel diritto romano e nello spirito delle moderne legislazioni. Napoli. 8. 44 p. Delken u. Rocholloli.
128. Huschke. Die vermögensrechtliche Handlungsfähigkeit der mündigen Minderjährigen in ihrer histor. Entwicklung. (Z. f. R.G. XIII, Nr. 2.)
129. Rignano. Della capacità giuridica dei nascituri (Arch. giuridico 1877 Nr. 5.)
130. Ubbelohde, A. Ueber die Handlungsfähigkeit des Prodigus und des Minderjährigen nach gemeinem Rechte. (Z. f. d. Pr. u. öff. R. d. G. IV.)

I. Die Familie des hohen Adels.

131. Mejer, Otto. Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels. Eine Revision. (Z. f. d. Pr. u. öff. R. der. G. V. Heft 2.)
132. Beseler, G. Die Familie des hohen Adels als corporative Genossenschaft. (Z. f. d. Pr. u. öff. R. d. G. V. Heft 3.)
133. Gierke, O. Die jur. Persönlichkeit des hochadligen Hauses. Abwehr und Befestigung. (Z. f. d. Pr. u. öff. R. d. G. V. Heft 3.)

V.

Ueber Testirfreiheit und Pflichttheil.

Von

Geh. Justizrath Professor Dr. **Bruns** in Berlin.

Die nachfolgende Abhandlung ist aus einem Gutachten hervorgegangen, welches der Verfasser im vorigen Jahre für die Verhandlungen des Juristentages ausgearbeitet hat. Die ständige Deputation desselben hatte es über die Frage erbeten:

> „ob und wie weit die Testirfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung beschränkt werden soll?“

Die Frage hatte für mich etwas sehr anziehendes. Die Idee des Pflichttheiles ist eine, die man als Jurist schon beim ersten Studium mit der römischen Muttermilch in sich aufnimmt, und die mit dem ganzen Begriffe des Erbrechtes so vollständig zusammengewachsen zu sein scheint, dass man sie auch später ohne weiteres als unwandelbares Axiom festhält. Das officium pietatis und die querela inofficiosi sind Begriffe, die man nicht wieder los wird, zumal das practische Familienleben ihre innere Wahrheit stets und überall nur zu bestätigen scheint, und auch unsere neueren Gesetzbücher und Gesetzes-Entwürfe sie ausnahmslos festgehalten haben.

Es war mir daher förmlich auffallend, dass hier von practischer Seite her dem ganzen Pflichttheils-Principe auf einmal quaestio status gemacht zu werden schien. Mit Bereitwilligkeit ging ich deshalb auf den Antrag der Ausarbeitung eines Gutachtens darüber ein, da es mir eine directe Veranlassung zu genauerem eigenem Studium über die Sache gab. Unsere gesammte Theorie lässt sich auf die Frage über die Nothwendigkeit oder Zweckmässigkeit des Pflichttheilsrechtes so wenig ein, dass sie nie auch nur die Existenz entgegenstehender Ansichten und Rechte und Gesetzgebungen anführt. Und doch stehen diese gar nicht vereinzelt da, da ganz England und Nordamerika überhaupt gar kein Pflichttheilsrecht haben, sondern das Princip der absoluten Testirfreiheit anerkennen, und auch in Frankreich in neuerer Zeit ein sehr lebhafter Streit über die Festhaltung des Pflichttheils entstanden ist. Die Frage tritt aber bei der Abfassung unseres neuen Gesetzbuches unabwendbar auch an uns heran, und muss hier nothwendig einmal eine principielle legislative Erörterung finden.

Von diesem Standpunkte aus, als ein erster Versuch der Art, ist das nachfolgende Gutachten geschrieben. Die Untersuchung darin musste wesentlich auf einer Vergleichung der verschiedenen modernen Rechte und Gesetzgebungen beruhen, und insofern ist die vorliegende Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft das geeignetste Organ, um dem Aufsatze eine weitere Verbreitung zu geben und dadurch Kritik und eventuell Opposition hervorzurufen. So weit diese bereits bei der Verhandlung des Gegenstandes auf dem Juristentage in Jena hervorgetreten ist, werde ich sie in einem besonderen Anhange zu dem Gutachten näher besprechen.

Der Gegensatz zwischen dem englischen Principe der Testirfreiheit und dem deutschen der Pflichttheils-Gebundenheit ist ein so schroffer und tief einschneidender, dass es einem deutschen Gemüthe ordentlich schwer wird, sich nur in die Möglichkeit der Durchführung des englischen Princips prac-

tisch hineinzudenken, namentlich in die Annahme, dass man seine eigenen Kinder ohne weiteres und ohne allen Grund vollständig von seinem Vermögen ausschliessen und beliebige fremde Personen zu seinen Erben ernennen könne. Eine solche absolute Testirfreiheit widerspricht allen unseren hergebrachten Anschauungen und Traditionen und würde für Deutschland für ein allgemeines Gesetzbuch gewiss geradezu eine Unmöglichkeit sein, sie würde dem Volke vielfach geradezu empörend erscheinen. Eine andere Frage ist, ob nicht eine relative Testirfreiheit, d. h. das Recht unter seinen Kindern und Ehegatten freie Verfügungen treffen zu können, eine gewisse Zweckmässigkeit und Billigkeit für sich habe. Allerdings kann auch hier der Gedanke, dass dadurch lieblose und erschlichene Bevorzugungen einzelner Kinder und Zurücksetzungen anderer unbeschränkt möglich gemacht werden, grosse Bedenken erregen, ja geradezu anstössig erscheinen; indessen lassen sich doch dafür allerlei verschiedene Gründe geltend machen, und ich habe daher in dem Gutachten dieses Princip der relativen Testirfreiheit zu vertheidigen versucht. Ein starker Schnitt in das bestehende Recht wäre es immer schon, und daher habe ich meine Ausführung, wie ich jetzt offen gestehen kann, eigentlich mehr nur probeweise, als eine Art Fühler für die allgemeine Meinung und eine Provocation zur Prüfung eventuell Bekämpfung, hingestellt, als dass ich mich selber innerlich so recht von der römischen Pflichttheilsidee emancipirt hätte und von der überwiegenden Zweckmässigkeit der relativen Testirfreiheit so ganz vollständig überzeugt wäre. Es sind das Fragen, die weniger durch juristische Construction gelöst werden können, als durch practische Erfahrungen aus dem Leben und dem Rechtsbewusstsein des Volkes ihre Entscheidung finden müssen. Ich halte aber dafür, dass man bei einem neuen Gesetze über die Sache keinenfalls einfach naiv und ohne Reflexion auf dem bisherigen Standpunkte stehen bleiben darf, sondern dass die Gegensätze jetzt als solche zum Bewusstsein und zur klaren principiellen Entscheidung gebracht

werden müssen Wenn daher bei den mündlichen Verhandlungen auf dem Juristentage in Jena der Referent (Kammerpräsident Petersen aus Strassburg) die Idee der relativen Testirfreiheit im allgemeinen als begründet empfahl, jedoch zur Vermeidung der obigen bedenklichen Consequenzen die Beschränkung der Freiheit auf die Verfügung über eine Hälfte des Vermögens beantragte, und die Versammlung dem zwar noch zustimmte, im allgemeinen aber jeder wesentlichen Abweichung vom römischen Pflichttheilsprincipe sehr abgeneigt war, — so ist die Frage damit meiner Ansicht nach ganz auf den richtigen Weg gebracht. Einerseits hat sich eine Bestätigung dafür ergeben, dass das römische Pflichttheilsrecht tief mit unserem Rechtsgefühle zusammengewachsen ist, andererseits ist anerkannt, dass gewisse Aenderungen und Modificationen des römischen Rechts doch möglicher Weise als wohl zulässig erscheinen. Allerdings ist das Dasein einer solchen Volksansicht keineswegs unbestritten geblieben, allein schon das Zeugniss des Juristentages selber, als einer Versammlung, die überwiegend aus Practikern besteht [1]), ist bei einer Frage, die vorzugsweise auf practischem Gefühle und einer im wirklichen Rechtsleben gewonnenen Erfahrung beruht, von nicht gering anzuschlagendem Gewichte.

Unter diesen Umständen hat eigentlich die zweite Frage bei dem nachfolgenden Gutachten, nämlich „wie weit“ die Testirfreiheit durch das Pflichttheilsrecht beschränkt werden soll, also die Frage, wie gross der Pflichttheil sein soll, ob er Erbschafts-Theil oder Erbschafts-Schuld sein soll, und ob und aus welchen Gründen volle Enterbung zulässig sein soll, eine viel grössere practische Wichtigkeit, als die erstere. Zwar habe ich sie, da sie nur eine eventuelle war, etwas kürzer behandelt, und bei den Verhandlungen des Juristentages ist sie eigentlich gar nicht in die specielle Debatte gezogen, allein besonders die Grösse der Pflichttheilsquote und

---

[1]) Wie die Liste der Mitglieder in jedem Jahre zeigt.

die Enterbungsgründe sind, wenn man einmal das Pflichttheilsprincip, sei es absolut oder relativ, annimmt, von ganz hervorragender Bedeutung. Das wichtigste ist die Bestimmung der Pflichttheilsquote. Dass die bisher in den verschiedenen Gesetzen darüber aufgestellten Bestimmungen unbefriedigend sind, zeigt die einfache Zusammenstellung derselben. Eine anderweitige theoretische Lösung der Frage ist meines Wissens nie versucht. Das Princip, was ich vorgeschlagen habe, vermeidet wenigstens die Fehler der bisherigen Bestimmungen, und scheint mir die wirkliche Lösung der Frage zu enthalten. Indessen, man kann sich irren! Privatim sind mir zwar viele Zustimmungen zugekommen, und auch der Juristentag hat das Princip angenommen, doch ist die Frage bei diesem, wie oben erwähnt, nicht zur speciellen und eingehenden Debatte gekommen, so dass auf die Zustimmung kein grosses Gewicht gelegt werden darf. Es wäre daher wohl von Werth, wenn die Sache auch anderweit einmal öffentlich besprochen und dadurch ihre Entscheidung im Gesetzbuche auch öffentlich vorbereitet würde.

Ich gebe nun zunächst das Gutachten in seiner ursprünglichen Form, nur mit einzelnen genaueren Ausführungen und Zusätzen[2]), und füge dann einen Nachtrag über die Verhandlungen des Juristentages in Jena hinzu. In dem Gutachten ist die Frage, ob und wie weit die Testirfreiheit beschränkt werden solle, in ihre beiden Bestandtheile, das „ob?" und das „wie weit?" zerlegt.

A. Soll die Testirfreiheit durch Pflichttheilsrecht beschränkt werden?

Die Frage ist bisher in Deutschland wenig besprochen. Die Bearbeiter des positiven Notherbrechtes, namentlich des römischen, haben das Pflichttheilsrecht stets als etwas so absolut

---

[2]) Die Zusätze sind in eckige Klammern geschlossen und mit einem * am Rande bezeichnet.

feststehendes und auch so unzweifelhaft in der Billigkeit begründetes angesehen, dass sie auf die allgemeine Begründung desselben überhaupt gar nie eingegangen sind, sondern ihre ganze Kraft stets nur auf die Ueberwindung der Schwierigkeiten, die das positive Recht, besonders das römische, hier so reichlich bieten, geworfen haben [3]).

Für die Lehrer des Naturrechts war die Frage zwar von grösserer Wichtigkeit, doch findet sich auch bei ihnen keine ausführliche und ins einzelne gehende Erörterung, sondern mehr nur eine kurze Beantwortung nach den Consequenzen ihrer allgemeinen Ideen vom Rechte. Die Hauptfrage ist ihnen die nach dem letzten Grunde des Erbrechtes überhaupt, ob es im Naturrechte und der Rechtsphilosophie begründet sei und seinen Ausgang im Testamente oder im Familienrechte habe. Danach wird dann das Pflichttheilsrecht entweder verworfen oder angenommen.

Die ältere Theorie leitete dabei das Erbrecht aus dem Testamente ab. Der Begründer des neuern Naturrechts, Hugo Grotius, erklärt das Testament für „juris naturalis", weil es nichts anderes sei, als eine „alienatio in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim iure possessionis ac fruendi" [3a]). Das Intestaterbrecht begründet er nur als indirecte Folge des Testaments: „ex coniectura voluntatis naturalem habet originem." [4]) Ein Pflichttheilsrecht ist danach eigentlich gar nicht möglich. Grotius nimmt es daher auch nur soweit an, als es auf die Alimentation geht, die die Eltern den Kindern schuldig sind, also nur „quatenus in legitima insunt alimenta necessaria; nam quod supra est, tolli potest non repugnante natura" [5]).

Die Ansichten von Grotius beherrschen die folgenden Jahrhunderte, wenn sie auch nicht ganz unangefochten bleiben.

---

[3]) So auch der neueste: Schröder, Notherbenrecht, 216 ff. (1878).

[3a]) Grotius, de iure belli ac pacis. (1625) 2, 6, 14.

[4]) L. c. 2, 7, 3.

[5]) L. c. 2, 7, 4, 1, 3.

So tritt namentlich Pufendorf gegen den Testamentsbegriff von Grotius auf, es lasse sich nicht aus dem Veräusserungsrechte des Eigenthümers ableiten, da es ja wesentlich erst nach dem Tode Kraft bekomme; es sei daher für ein „inventum juris positivi“ zu erklären [6]). Indessen behält er trotzdem die Ableitung des „Intestaterbrechtes aus der „voluntas praesumta“ bei, und beschränkt daher den Pflichttheil mit Grotius auf die Alimente. Doch fügt er hinzu: „aliqui putant, parentes liberorum causa omnia adquirere, ideoque liberos ius aliquod habere in bonis parentum extra causam alimentorum,“ verwirft dies aber mit den Worten: „id falsum est; primario enim sui ipsius causa quisque adquirit.“ [7])

Die Idee, das ganze Erbrecht aus dem Testamente und dieses aus dem Veräusserungsrechte des Eigenthümers abzuleiten, bleibt die herrschende bis Kant. Auch dieser selber deducirt das Testament als „Uebertragung der Habe eines Sterbenden auf den Ueberlebenden durch Zusammenstimmung des Willens beider“, doch sei es „eigentlich keine Uebertragung im empirischen Sinne, sondern eine ideale Erwerbung“, darum aber „nach dem blossen Naturrecht gültig“ [8]). Auf die Intestatbeerbung geht er gar nicht ein, doch zeigt sich deutlich, dass er darin nur eine Art der Uebertragung durch den Willen des Erblassers sieht. Von der Testirfreiheit und dem Pflichttheile spricht er nicht, dass er aber den letzteren nicht anerkennt, sieht man daraus, dass er zwar die Erziehungs- und Alimentationspflicht der Eltern annimmt, aber meint, dass sie „die Verbindlichkeit gegen die Kinder“ mit deren Volljährigkeit „loswerden“, und dass dann „die häusliche Gesellschaft aufgelöst wird“ [9]).

Auf diesem Wege kam man nicht mehr weiter. Darum

---

[6]) Sam. Pufendorf, de iure naturae et gentium. (1672.) 4, 10, 2—6.

[7]) L. c. 4, 11, 1, 7.

[8]) Kant, Rechtslehre. (1797.) § 34 und Anhang No. 7. Werke 9, 112, 42.)

[9]) Rechtslehre, § 29. 30.

verweist denn Fichte[10]) das ganze Erbrecht mit Testament und Pflichttheil vollständig aus dem Naturrechte hinaus und erklärt es lediglich für positives Recht, was auf politischen Gründen beruhe und ganz nach diesen vom Staate beliebig zu ordnen sei.

Damit war das Erbrecht mit seiner alten Begründung im Naturrechte ganz untergegangen. Es konnte nur in einer ganz neuen Begründung wieder einen Boden gewinnen. Diesen gab ihm Hegel, indem er nicht mehr das Testament, sondern das Intestaterbrecht zum Ausgange nimmt, nicht dieses aus jenem, sondern umgekehrt jenes aus diesem ableitet.

Hegel[11]) macht die Familie und deren rechtliche Einheit, das unmittelbare Dasein des sittlichen Geistes, zur Grundlage des ganzen Erbrechts überhaupt. Er fasst dieses seinem „Wesen nach als ein Eintreten in den eigenthümlichen Besitz des an sich gemeinsamen (Familien-)Vermögens“ auf. Danach lässt er das Testament nur subsidiär noch für das Auseinanderfallen der Familie in die entfernteren Verwandten zu, indem man danach „gleichsam einen Kreis von Freunden statt der Familie ansehe“, eine „sogenannte Familie der Freundschaft“ gründe. Bei der „näheren Familie der Ehe und der Kinder“ dürfe das Testament gar nicht oder nur beschränkt erlaubt sein.

Damit ist die Testirfreiheit den Kindern gegenüber fast ganz aufgehoben und der Pflichttheil oder eigentlich überhaupt das Intestaterbrecht der Kinder zur Hauptsache gemacht. Die Idee ist im einzelnen besonders von Gans[12]) weiter ausgeführt, hat dann aber eigentlich in der ganzen neueren Rechtsphilosophie allgemeine Herrschaft erlangt,

---

[10]) Naturrecht, 2, § 60. S. 244.

[11]) Philosophie des Rechts. § 178—180. (Werke Bd. 8. S. 239—244.)

[12]) In seinem ganzen Erbrechte in weltgeschichtlicher Entwicklung, dann in praktischer Anwendung auf das preussische Recht in den Beiträgen zur Revision der preussischen Gesetzgebung. S. 123—146.

namentlich ist sie in den neueren Hauptwerken über Rechtsphilosophie, denen von Stahl, Ahrens und Trendelenburg, wenn auch in verschiedenen Formen, doch im wesentlichen vollständig zu Grunde gelegt, wie weiter unten näher zu besprechen sein wird.

Zunächst ist erst auf unsere neueren Gesetzbücher ein Blick zu werfen. Sie bieten keine neuen Ideen und Gesichtspunkte. Das preussische Landrecht sieht, wie Kant, im Testamente nur eine Art Veräusserung, das Princip ist nach I, 12, 1 und 9, dass so weit Jemand veräussern kann, er auch durch Testament über sein Vermögen verfügen kann. Die Erbfolge der Verwandten tritt nur zur Aushülfe in Ermangelung eines Testaments ein, und ihr eigentlicher Grund ist die „voluntas praesumta“ des Erblassers [13]), wie bei Grotius. Darum wird auch vom Pflichttheil in den Motiven [14]) gesagt, dass er „sich nicht auf das Naturrecht gründe“, nach diesem gehe die „selbst unvollkommene“ Pflicht der Eltern [15]) nicht weiter, als die Kinder zu erziehen und in den Stand zu setzen, selber für sich zu sorgen; das Pflichttheilsrecht ist zwar aufgenommen, aber nur, wie es ausdrücklich heisst, weil es „in allen königl. Staaten angenommen sei und nichts enthalte, was der natürlichen Billigkeit oder dem Endzwecke des gemeinen Wesens zuwider wäre“.

Dieselben Ideen liegen auch noch dem österreichischen Gesetzbuche zu Grunde [16]), und wenigstens in den Resultaten stimmt auch das sächsische damit überein.

Eine völlig andere Behandlung hat die Frage von der Testirfreiheit in England und Frankreich erfahren. In England ist merkwürdiger Weise das germanische Princip der

---

[13]) Förster, Preuss. Priv.-Recht 4, § 258 n. 4.

[14]) Bei Koch, Landrecht n. 54 zu II. 2, 391.

[15]) Nach Grotius (l. c. 2, 7, 4.): est debitum sensu laxiore, non ex iustitia expletrice perficiscitur, sed ex alio fonte (iustitia adtributrice). Pufendorf, ius nat. 4, 11, 4.

[16]) Unger, österr. Erbrecht. Einl. Anm. 1 und § 78 n. 2.

Familien-Erbfolge schon sehr früh durch das Testament beschränkt. Schon im 12. Jahrhundert war im common law eine eigenthümliche Dreitheilung eingeführt: 1/3 musste man der Frau hinterlassen, 1/3 den Kindern, über das dritte hatte man freie Verfügung, und wenn man keine Frau oder Kinder hatte, konnte man auch über deren Drittel verfügen, event. also über das Ganze. Die Ascendenten und Seitenverwandten hatten kein Recht. Dies blieb bis ins 17. Jahrhundert, dann aber ist das Recht der Frau und der Kinder allmählig vollständig aufgehoben und die Testirfreiheit ganz absolut angenommen, auch ohne alle und jede Beschränkung durch ein Pflichttheilsrecht der Kinder. In einigen Provinzen, wie York und Wales, und in der City von London hatte sich das alte Recht zwar erhalten, ist aber der allgemeinen Gleichheit wegen durch besondere Gesetze aufgehoben, für London erst unter Georg I. (1714—27). Diese absolute Testirfreiheit besteht bis auf den heutigen Tag [17]) und wird auch, wie man sagt, ausserordentlich stark benutzt, so dass wohlhabende Personen fast regelmässig ein Testament machen sollen [18]).

* [Sie gilt auch für die Familien der Lords und Herzöge. Der grosse ständige Grundbesitz dieser Familien beruht nicht wie bei uns auf Familien-Fideicommissen, Stammgütern, Majoraten u. dgl., sondern nur auf der festen Sitte der steten Ernennung testamentarischer Verfügungen über Untheilbarkeit, Unveräusserlichkeit und bestimmte Vererbung der Güter. Allerdings hatte der Adel im Mittelalter vielfach das Streben nach Verewigung des Grundbesitzes in seinen Familien (entailing estates in perpetuity), allein verschiedene Umstände wirkten entgegen, und zuletzt ist im J. 1833 (3. 4.

---

[17]) Blackstone, commentaries on the laws of England, B. II. ch. 32 M'Culloch, tr. on the succession to property vacant by death. (1848) p. 10—15.

[18]) Helferich in der Tübinger Zeitschr. für Staatswissenschaft 10, 144. Quart. Rev. 83, 179: „it is quite the exception, when a man permits the law to make his will for him.“ (1848.)

Will. IV. c. 74) bestimmt, dass Güter (entails) nur für eine bereits lebende Person, oder mehrere neben oder nacheinander, und noch auf 21 Jahre nach dem Tode des letzten fideicommissarisch fixirt werden können [19]). Nur ausnahmsweise können durch besondern Parlamentsbeschluss eigentliche Stammgüter errichtet werden, z. B. für Marlborough, Wellington und Nelson [20])].

Von England ist die Testirfreiheit dann auch nach Nordamerika übergegangen und ist dort gleichfalls bis jetzt in allgemeiner Geltung und Uebung [21]).

In Frankreich hat die Entwicklung eine andere Richtung genommen. Das altgermanische Recht kannte in Frankreich so wenig ein Testament wie in Deutschland, sondern hatte nur Familien-Erbrecht. Durch die Kirche und das römische Recht wurde das Testament zwar verbreitet, allein es wurde nie eine absolute Testirfreiheit damit verbunden. In den Ländern des droit écrit wurde sie zwar im allgemeinen nicht weiter beschränkt als durch das römische Pflichttheilsrecht, was natürlich zugleich mit angenommen wurde; in den Ländern des droit coutumier aber hielt die Familie daran fest, dass wenigstens die Erbgüter, die man als eine Art Familien-Vermögen ansah, nicht durch Testament fortgegeben werden dürften, dass vielmehr wenigstens der grössere Theil davon, meistens $^4/_5$, in der Familie verbleiben müssten, das Testament also nur über $^1/_5$ verfügen könne, und zwar ohne Unterschied, ob Kinder da waren oder die Erbschaft an Seitenverwandte fiel. Es lag darin der Ursprung der später

[19]) M'Culloch, n. 17 cit. p. 48: An english gentleman may entail an estate on any heir, or series of heirs, during the longest life of certain parties named or clearly specified in the deed, and alive when it was made, and till twenty-one years after the death of the last surviving nominee.

[20]) Solly, Grundsätze d. englischen Rechts über Grundbesitz und Erbfolge. 1853. S. 47—48.

[21]) Kent, commentaries on American law. Tom. IV. Sect. 68. (ed. 12, p. 502. 506.)

allerdings sehr veränderten sog. réserve.[22]) Die Idee eines Pflichttheils lag dabei also noch nicht zu Grunde. Daher wurde auch über das ganze bewegliche Vermögen und ebenso über alle Errungenschaftsgüter die Testirfreiheit unbeschränkt zugelassen. Da dieses indessen in den Städten, wo die unbeweglichen Erbgüter meistens keine grosse Bedeutung hatten, zu einer fast absoluten Testirfreiheit führte, so fing man schon im 14. Jahrhundert an, hier neben der réserve auch ein Pflichttheilsrecht, sog. légitime, nach römischem Principe auszubilden. Später wurde dies vielfach mit der réserve mehr oder weniger verbunden, so dass sich das Testamentsrecht mit réserve und légitime allmählig sehr bunt und verschiedenartig gestaltete. Es kamen noch die Unterschiede durch die Lehnsverfassung hinzu, sowie die durch die Vorrechte der erstgeborenen und die der Söhne vor den Töchtern.

Die Revolution suchte natürlich sofort alle diese Unterschiede aufzuheben und nach dem Principe der égalité möglichste Gleichheit sowohl unter den Kindern und Erben als unter den Provinzen herzustellen. Dabei musste aber die Frage von der Testirfreiheit (pouvoir testamentaire) alsbald in den Vordergrund treten, theils weil sie die Verbote und Aufhebungen der alten Rechte leicht illusorisch machen konnte, theils weil sie eine despotische Gewalt des Vaters über die Kinder und eine Störung ihrer natürlichen Gleichheit durch einseitige Bevorzugung einzelner begründen konnte. Der erste, der mit voller Energie dagegen auftrat, war kein geringerer als Mirabeau. Dieser, der ja von seinem Vater bis zum Uebermasse tyrannisirt und zuletzt enterbt war, trat im Gefühle seines erlittenen Unrechts mit seiner ganzen Kraft

---

[22]) Ueber die Geschichte der réserve sind in neuerer Zeit drei grosse Werke geschrieben: Brocher, étude sur la légitime et les réserves. 1868. (412 Seiten.) Boissonade, histoire de la réserve héréditaire. 1873. (745 S.) Cuënot, des droits de légitime et de réserve. 1877. (908 S.)

gegen die Testirfreiheit auf. Allerdings konnte er seine Rede nicht mehr selber halten; der Tod schloss seinen beredten Mund wenige Stunden vor der betreffenden Sitzung der assemblée nationale am 2. April 1791. Indessen wurde der von ihm darüber aufgeschriebene „discours“, den er Talleyrand zur Veröffentlichung gegeben hatte, von diesem in der Versammlung vorgelesen. [23])

Mit den lebhaftesten Farben schildert er darin das Unheil, was in den Familien durch die väterlichen Testamente angestiftet werde, und sagt dann: On ne le voit que trop, ce sont les pères qui ont fait ces lois testamentaires; mais en les faisant, ils n'ont pensé qu'à leur empire et ils ont oublié leur paternité. Er wollte die Testirfreiheit für den Vater gegen die Kinder ganz aufheben, und gegen Fremde auf ein minimum, 1/10 des Vermögens, beschränken.

Sein Vorschlag wurde zwar nicht sofort angenommen, besonders weil Robespierre noch weiter ging und absolute Gleichheit aller Erben, Testaments- und Intestaterben, und letzterer in der geraden wie in der Seitenlinie verlangte[24]). Es wurde wenigstens die volle égalité des partages ab intestat decretirt, doch hatten die Ideen von Mirabeau so nachhaltige Wirkung, dass im J. 1793 der Convent die Testirfreiheit den Descendenten und Ascendenten gegenüber ganz aufhob, und dies im folgenden Jahre nur dahin ermässigte, dass man Descendenten und Ascendenten gegenüber über 1/10 testiren

---

[23]) Moniteur universel, 2. et 5. Avril 1791, p. 380—1. 388—89.

[24]) Seine Rede steht im Moniteur 7. Avril 1791, p. 396—97. Der Schluss lautet: Je conclus de tout ce que je viens de dire, que l'égalité des successions ne peut être dérangée par les dispositions de l'homme, mais je n'en conclus pas, que la faculté de tester doive être entièrement anéantie. Je crois que le citoyen peut être le maitre de disposer d'une partie de sa fortune, pourvu qu'il ne derange pas le principe d'égalité envers ses heritiers. Mon avis est donc, qu'on ne puisse favoriser aucun de ses héritiers au préjudice de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collaterale.

könne, Seitenverwandten gegenüber aber über 1/6. Uebrigens lag dabei nicht blos das Princip der Beschränkung der väterlichen Gewalt zu Grunde, sondern man wollte zugleich die fideicommissarischen Substitutionen verhindern und die Aufhebung der Vorrechte der Erstgeburt und der Söhne gegen Umgehungen schützen.

Diese Beschränkung der Testirfreiheit ging indessen doch zu weit und erregte daher bei der Wiederkehr ruhigerer Zustände bald grosse Unzufriedenheit. Unter dem Consulate wurde schon im J. 1800 eine grössere Freiheit gegeben und zwar jetzt dem römischen Pflichttheilsrechte analog verschieden bei Descendenten, Ascendenten und Collateralen, bei den ersteren verschieden je nach ihrer Zahl, jedoch höchstens bis zu 1/4, bei Ascendenten und Geschwistern stets 1/2, bei Vettern und Onkeln 3/4.

Bei der Abfassung und Berathung des Code civ. wurde das Maass der Testirfreiheit wieder lebhaft debattirt. Für die volle Aufhebung war Niemand mehr, ebensowenig aber auch für die unbeschränkte Zulassung, wenigstens bei Descendenten und Ascendenten. Bei den Seitenverwandten war zwar der Entwurf und der Conseil d'état wenigstens in Betreff der Geschwister noch für die Beschränkung, die section de législation du Tribunal verwarf sie aber hier vollständig, und dabei ist es dann auch geblieben. In Betreff der Descendenten und Ascendenten wurde über die Quote viel debattirt, schliesslich aber auf den Vorschlag des Consul Cambacères angenommen, die Quote je nach der Zahl der Betheiligten verschieden zu bestimmen, nämlich so, wie es im Code 913, 915 steht, bei Descendenten 1/2, 1/3, 1/4, bei Ascendenten 2/4, 3/4.

In Folge dieser Verhältnisse ist die Frage nach der Testirfreiheit in Frankreich stets eine viel besprochene geblieben. Die Mehrzahl der Stimmen hat sich zwar stets gegen die unbeschränkte Freiheit ausgesprochen und dem System des Code zugestimmt, doch ist auch die absolute

Testirfreiheit nach dem Vorgange von England nicht ohne Anhänger geblieben. Namentlich ist der Streit in neuester Zeit durch eine Schrift: La réforme sociale par F. Le Play, 1864, wieder sehr lebhaft in Anregung gebracht, worüber aber erst weiter unten das Nähere ausgeführt werden kann.

Das Resultat der bisherigen Ausführungen ist, dass England und Nordamerika mit ihrer absoluten Testirfreiheit zu dem übrigen Europa in einem scharfen Gegensatze stehen, dass also die Frage von der Testirfreiheit legislativ noch keineswegs als abgeschlossen angesehen werden kann. Bei ihrer näheren Erwägung sind zunächst zwei Gesichtspunkte zu trennen:

1. die allgemeine philosophische Auffassung und juristische Construction des Verhältnisses der testamentarischen zu der Intestat-Erbfolge;
2. die besonderen Zweckmässigkeitsgründe, die für oder gegen die Testirfreiheit sprechen.

I.

Der allgemeine Standpunkt, den man für die Begründung des Erbrechts überhaupt einnimmt, muss mehr oder weniger auch die Stellung bestimmen, die man zur Frage von der Testirfreiheit annimmt. Denn wenn man:

1. mit der neueren deutschen Rechtsphilosophie davon ausgeht, dass das Erbrecht seinem Wesen nach auf dem Familienrechte beruhe, eigentlich nur der Eintritt der Familie in das ihr an sich schon zukommende Familienvermögen ist, so versteht sich von selber, dass von einer unbeschränkten Testirfreiheit gar keine Rede sein kann. Sie wird auch von allen, die diesen Standpunkt haben, verworfen.

2. Wenn man dagegen mit dem älteren Naturrechte davon ausgeht, dass die Familie an sich gar kein Recht hat, sondern es nur durch den Willen des Erblassers bekommen kann, und dass man nur aus der Nichterrichtung eines Te-

staments und der Nichtausschliessung der Familie eine Präsumtion für den Willen des Erblassers, der Familie die Erbschaft zu geben, entnehmen könne, so ist die absolute Testirfreiheit damit als Princip von selber gegeben, Beschränkungen sind dann nur durch die natürliche Alimentationspflicht oder sonst aus Zweckmässigkeitsgründen durch positives Recht möglich.

3. Wenn man endlich mit Fichte und anderen davon ausgeht, dass mit dem Tode überhaupt an sich alles Recht des Menschen aufhört, und alle Bestimmungen über die Erbfolge nur Sache des positiven Rechts sind, so versteht sich, dass es an sich weder eine Freiheit noch eine Beschränktheit des Testirens giebt, sondern alles eben von dem Ermessen der Gesetzgebung abhängt, diese also volle Freiheit hat, nach äusseren Zweckmässigkeitsgründen die Sache so oder so zu ordnen.

Es ergiebt sich, dass die legislative Frage nach der Testirfreiheit vom Standpunkte der Rechtsphilosophie aus sich zu einer philosophischen Frage über den letzten Grund des Erbrechts umgestaltet.

Dabei erhebt nun aber die neuere Rechtsphilosophie den Anspruch, dass ihre Begründung des Erbrechts durch das Familienprincip die einzig sittliche sei, und verlangt darum auch ihre absolute Befolgung von der Gesetzgebung. Indessen muss diese Ansicht einer Gesetzgebung, wie der englischen und amerikanischen, gegenüber schon an sich sehr bedenklich erscheinen, und bei näherer Prüfung erweist sie sich überhaupt als sehr problematisch.

Untersucht man die dafür angeführten Gründe genauer, so zeigt sich zunächst eine merkwürdige Unklarheit bei ihren Vertheidigern, indem diese zwar im allgemeinen stets vom Erbrecht der Familie sprechen, im Grunde aber immer nur das Recht der Kinder meinen, und nur dessen sittliche Nothwendigkeit behaupten und zu begründen suchen, obgleich sie sich positiv immer auf das viel weiter gehende aber auf

anderen Gründen beruhende Familienprincip der verschiedenen älteren Völker berufen. Stahl[25]) sagt geradezu: „Nur um der Kinder willen giebt es überhaupt ein Erbrecht, wenn dieses auch ausgedehnt ist auf andere Verwandtschaft“, und auch Hegel lässt gegen die anderen Verwandten die Testirfreiheit zu.

Bei den Kindern ist nun, wenn man von der Phrase absieht und nur die Realität nimmt, das Besondere, dass sich in ihnen die Idee der Fortpflanzung der Gattung durch Selbstzeugung concret vollzieht, die Aeltern erzeugen die Kinder aus sich selber, diese sind also physiologisch ein neues Dasein der Aeltern, welches sich zu selbstständiger Existenz entwickelt, und in welchem die Aeltern daher auch nach ihrem Tode in gewisser Weise fortleben. Insofern ist das naturgemässe Verhältniss, oder, wie Stahl sagt[26]), die „Bestimmung der Natur“, dass die Aeltern „den Kindern die Fülle des Daseins und darum auch der Befriedigung mittheilen, und in ihnen die Fortsetzung der eigenen Persönlichkeit und darum auch des Vermögens haben.“ Beim Thiere vollzieht sich dieses alles durch Naturnothwendigkeit, beim Menschen erscheint es als die Idee, nach der das Verhältniss sittlich und rechtlich zu ordnen ist. Wenn man dabei aber nur das Princip der Erzeugung und der Fortsetzung der eigenen Persönlichkeit zu Grunde legt, so gelangt man nicht weiter als zu einer Alimentationspflicht. Denn aus der Pflicht der Aeltern, für das Dasein der Kinder wie für ihr eigenes zu sorgen, folgt nur, dass sie für ihre Erhaltung und Erziehung und allenfalls noch ihre weitere standesgemässe Existenz zu sorgen haben, und ihnen insofern dann auch die dazu nöthigen Mittel bei ihrem Tode hinterlassen müssen, allein dass sie ihnen ihr ganzes Vermögen oder auch nur einen über jene Pflicht hinausgehenden Theil hinterlassen müssten, folgt

---

[25]) Philosophie des Rechts, 2,500.

[26]) A. a. O. Seite 499.

daraus nicht. „La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas, de les faire héritiers", sagt Montesquieu[27]) mit Recht. Denn man hat nach jenem Principe gegen die Kinder nicht mehr Pflicht wie gegen sich selber, und wie man daher sich selber bei Lebzeiten Entbehrungen und Aufopferungen zu Gunsten Fremder auflegen kann, so muss man dazu auch in Betreff der Kinder berechtigt sein. Bei Lebzeiten unterliegt das gar keinem Zweifel, es wird aber auch beim Tode durch jenes Princip nicht geändert. Allerdings stellt Kant[28]) die Idee auf: da die Aeltern die Kinder eigenmächtig und ohne ihre Einwilligung auf die Welt gesetzt hätten, so hafte nun auf ihnen auch die Verbindlichkeit, sie so viel in ihren Kräften stehe mit diesem Zustande zufrieden zu machen. Allein die Zeugung ist physiologische und anthropologische Bestimmung und daher Pflicht des Menschen und kann deshalb, so fern sie in sittlich rechtmässiger Weise geschieht, nie als Delict aufgefasst werden.

Eine andere Idee, die namentlich von Hegel (§ 178) aufgegriffen ist, ist die eines Gesammteigenthumes der Familie, so dass die Kinder nur in den eigenthümlichen Besitz des an sich gemeinsamen Vermögens einträten. Bekanntlich ist diese Idee schon von den Römern zür Erklärung des Erbrechts der sui im alten Recht benutzt[29]), und auch bei uns hat man sie dem älteren germanischen Familienerbrecht zu Grunde legen wollen[30]). Die historische Möglichkeit eines solchen Familieneigenthums ist nicht zu bestreiten, allein dies giebt noch keinen Grund, es philosophisch ohne weiteres als Grundlage des ganzen Erbrechts hinzustellen. Eine weitere Begründung hat aber Hegel gar nicht versucht, wie er denn auch die weiteren Consequenzen der Idee für die Seitenver-

---

[27]) Esprit des lois, 26,2.

[28]) Rechtslehre § 28.

[29]) Gai. 2,157. D. 28,2, 11.

[30]) S. dagegen Beseler, deutsches Privatrecht § 131 n. 3.

wandten in keiner Weise gezogen hat. Mit Recht hat sich daher Stahl[31]) hier entschieden gegen Hegel erklärt.

[Doch ist die Idee Hegels im Anschlusse an das germanische Recht von Gans und neuerdings auch von Unger zu einer weiteren Deduction benutzt. Unger sagt[32]): „Da das Erbrecht in der Familie wurzelt und in dem sittlichen Gedanken seinen Grund hat, dass das Familienglied sein Vermögen, wenn auch zunächst für sich, so doch zugleich auch für seine Familie erwirbt und besitzt, auf welche es nach seinem Tode naturgemäss übergeht, so sollte der freien letztwilligen Verfügung des Erblassers nur ein bestimmter Theil seines Erbvermögens anheimgegeben sein, während das übrige bei seinen nächsten Blutsverwandten, als ihnen verfangen, kraft Rechtens zu verbleiben hätte." Er will also nicht Testirfreiheit als Regel nur mit einer Beschränkung durch Pflichttheil, sondern umgekehrt gesetzliches Erbrecht als Regel nur mit einem gewissen beschränkten Verfügungsrechte. Es ist dies die Idee der französischen Réserve. Die Grundlage ist daher kein eigentliches Familien-Eigenthum sondern nur eine Art Verfangenschaftsrecht. Die Idee hat unzweifelhaft als historische Volksgewohnheit ihre volle Berechtigung, bedenklich aber ist die philosophische Begründung aus dem Gedanken, dass der einzelne sein Vermögen „wenn auch zunächst für sich, doch zugleich für seine Familie erwerbe[33])." Dieser Gedanke des Erwerbszweckes ist factisch im Leben, so weit er über die Kinder hinausgeht, entschieden nicht richtig; will man den Zweck aber als Pflicht nehmen, so wäre eben diese Pflicht zu beweisen, und dann ist der factische Zweck gleichgütig.] *

Consequenter Weise würden eigentlich alle diese Begrün-

---

[31]) Rechtsphilosophie, Bd. 2 § 91 S. 501.

[32]) Das österreichische Erbrecht, § 78 n. 2.

[33]) Vgl. über dieses Argument aus dem Erwerbszwecke die Anführung von Grotius oben S. 73 n. 5.

dungen des Erbrechts der Familie, insbesondere der Kinder, zu einer vollständigen Aufhebung des ganzen Testamentes der Familie gegenüber führen. Indessen hat Niemand so weit gehen mögen, vielmehr ist die Vermittelung zwischen dem Rechte des Vaters und der Kinder, die das römische Recht in seinem Pflichttheilsrechte bietet, von allen mit Bereitwilligkeit ergriffen. Allein eine solche Vermittelung ist, wenn sich die beiderseitigen Principien so scharf entgegenstehen, nur durch principwidrige Concessionen von der einen oder anderen Seite möglich. Das positive Recht kann zwar überall Ausnahmen machen, und daher konnte das römische Recht die absolute Testirfreiheit des Vaters vom Standpunkte des officium pietatis aus beschränken, und umgekehrt konnte das germanische Recht ihm eine gewisse Freiheit der Familie gegenüber einräumen; allein die Rechtsphilosophie hebt durch solche Ausnahmen ihre Principien selber auf und zeigt, dass sie eben anders zu fassen sind. Deshalb will Trendelenburg[34]) beide Principien dadurch vereinigen, dass er sagt, weder die Person allein noch die Familie allein bilde das Princip des Erbrechts, vielmehr werde es durch zwei Zwecke bestimmt, die in ihm ihre Ausgleichung suchten, und im positiven Rechte eine verschiedene Entscheidung herbeiführen könnten; die beiden Zwecke seien: die Erhaltung des Vermögens für die Familie, und die volle Anerkennung des Willens des Eigenthümers. Damit ist aber die philosophische Lösung der Frage ganz aufgegeben und diese ganz auf das Gebiet der positiven Gesetzgebung hinübergeschoben.

Eine eigenthümliche Vermittelung hat ein practischer Jurist, F. Gärtner[35]), versucht. Er geht von der Freiheit des Willens der Person aus, erklärt daher das Testament für den nächsten und daher zunächst allein geltenden Grund des Erbrechts; die Person habe aber von Natur die Bestimmung

---

[34]) Naturrecht, § 141.

[35]) Zeitschr. f. preuss. Recht von Simon u. Strampf. 2, 404—7.

„eine Familie zu begründen und in ihr und für sie zu leben“, und darum habe die Familie einen Anspruch auf das Vermögen ihrer Glieder; eigentlich solle man es ihr aus Liebe geben, allein die Liebe sei frei und daher habe auch die Abneigung ihr Recht, somit entstehe eine Collision zwischen dem persönlichen Willen und dem Anspruche der Familie, und diese könne das Gesetz nur dadurch lösen, dass es beide Elemente als gleichberechtigt anerkenne, und daher das Vermögen theile, so dass den einen Theil die Pflicht, den anderen die Liebe vergebe, die erstere sei aber eben der Pflichttheil. Er soll auf die Aeltern, Kinder und Ehegatten beschränkt sein. Nun kann aber der Zweck, eine Familie zu begründen, an sich offenbar höchstens für die Erzeugten gegen die Erzeuger ein Recht begründen, nicht aber umgekehrt auch für die Erzeuger gegen die Erzeugten. Der Verf. muss daher hierfür noch eine weitere Idee hinzunehmen, nämlich die, dass bei Aeltern, Kindern und Ehegatten die „selbstständige Persönlichkeit in Beziehung auf einander aufgehoben werde und sie zu Einer sittlichen Person verbunden“ würden; es entstehe zwar keine juristische Gemeinschaft des Vermögens, aber dasselbe sei doch, „wie sie selbst unter einander eins sind, für sie Ein Gut.“ Hier hört aber offenbar die Jurisprudenz auf und fängt die Phrase an. Diese Einheit, die doch keine Gemeinschaft begründet, ist eben kein Rechtsbegriff mehr und kann daher keine rechtliche Pflicht begründen. Das juristische bleibt immer nur die Pflicht des Erzeugers als solchen, und dabei ist das Princip, wie der Verfasser selber sagt, dass „das Vermögen nur ein Mittel ist zunächst zu dem Zwecke der eigenen Erhaltung“, und dann für die der Familie. Dies führt aber eben nur auf die Pflicht der Erhaltung, also der Alimentation.

[Offenbar muss man vor allen Dingen genauer feststellen, * was denn eigentlich diese Familie ist, die man gründen soll, für die man erwerben, der man das Vermögen erhalten, der es „verfangen“ sein soll, und was eigentlich der Grund

ihrer rechtlichen Verbindung ist. Wenn man sagt, es sei das sittliche Band, welches zwischen den Verwandten bestehe, so ist das eine reine Phrase, wenn man nicht zugleich zeigt, was der Grund dieses sittlichen Bandes sei, und warum die sittliche Pflicht hier auch eine rechtliche sei. Macht man die Erzeugung zur Grundlage, so passt dies nur auf das Verhältniss der Erzeuger und Erzeugten, also Aeltern und Kinder, nicht auch auf die Seitenverwandten. Nimmt man den Begriff selber, so sind Verwandte alle durch den Gattungsprocess, d. h. die Zeugung, mit einander verbundenen Menschen, zunächst die Erzeuger und Erzeugten gegeneinander, dann auch die letzteren unter einander. Dieses physiologische, also physische, Verhältniss ist das einzige, was überhaupt den ganzen Begriff von Verwandtschaft und Familie hervorruft, ohne dieses gäbe es denselben gar nicht. Somit muss auch in ihm der letzte Grund für das sittliche und rechtliche Band liegen. Es ist kein anderer, als die natur- oder wesensgemässe Ordnung des Gattungsorganismus, wie überhaupt nur das Wesen der Dinge selber das Gesetz für ihre Erscheinung ist, in der unfreien Natur als sog. Naturgesetz, beim freien Menschen als Sitten- und Rechtsgesetz. Die Familie ist das Mittelglied zwischen dem Individuum und der Gattung und ist daher der nächste Vertreter der letzteren da wo das Verhältniss vom Individuum zur Gattung hervortritt, namentlich bei Alimentation, Erziehung, Vormundschaft, Erbrecht. Dieses letztere beruht aber nicht unmittelbar auf der Familie, sondern hat eine viel weitere Grundlage. Der eigentliche reale Stoff des Erbrechts ist ganz allgemein das Ausscheiden des Individuums aus der Gattung mit Hinterlassung eines Vermögens, welches in der überlebenden Gattung bleiben und auf sie übergehen muss. Dabei darf der Uebergang nicht atomistisch so gedacht werden, als ob mit dem Tode des Einzelnen alle seine Rechte und Pflichten aufhörten und nur seine körperlichen Sachen übrig blieben und als herrenlos occupirt würden, vielmehr ist der Einzelne als Glied des

socialen Organismus der Gattung aufzufassen, so dass seine Vermögensverhältnisse, Rechte wie Schulden, nur Bestandtheile der allgemeinen socialen Ordnung bilden, die nach seinem Tode fortdauern, in rechtlicher Continuität auf den Erben übergehen und von ihm ihrer rechtlichen Natur gemäss weitergeführt und eventuell erledigt werden.

Bei der Frage aber, auf wen das Vermögen des Verstorbenen übergehen soll, darf man den einzelnen nicht als selbstloses Glied der Gattung, etwa wie ein Rad einer Maschine, auffassen, sondern muss die doppelte Seite in ihm anerkennen, dass er zwar einerseits seine Existenz nur durch den Gattungsorganismus, also als Glied einer Familie, hat, dass er aber anderseits in seiner Existenz selbstständiges Individuum, also für sich seiende Person ist. Aus dem ersteren folgt, dass der Uebergang des Vermögens auf die Gattung sich zunächst nach deren organischer Ordnung in der Familie vollzieht. Aus dem zweiten folgt aber, dass sein Vermögen rechtlich Individualvermögen und nicht Familienvermögen ist, dass daher der Zweck seines Erwerbes rechtlich nur von seinem individuellen Willen abhängt, und dass er daher nicht nur bei Lebzeiten, sondern auch bei seinem Tode frei darüber verfügen kann. Diese Freiheit der Verfügung ist also nicht eine Concession vom Familienprincipe, sondern selbstständiges eigenstes Recht des Individuums, eben so wie umgekehrt das Recht der Familie nicht auf der „voluntas praesumta“ des Verstorbenen beruht, sondern selbstständig auf der gattungsmässigen Beziehung der Familie zu ihm.

Der Dualismus des Testaments- und Intestaterbrechtes hat also seinen eigentlichen letzten Grund im innersten Wesen des Menschen selber, nämlich in dem Gegensatze der Individualität und der Gattungsmässigkeit seiner Existenz, die wesentlich und untrennbar in ihm verbunden sind. Drum ist es eine unklare Einseitigkeit, wenn man das Familienprincip für das allein Sittliche erklären will, was durch das Individualitätsprincip beschränkt oder durchbrochen werde. Das

Recht der Individualität ist in der Existenz des Menschen grade ebenso wesentlich begründet, und darum ebenso sittlich berechtigt, wie das der Familie; im Gegentheil kann man sagen, dass eine in sittlicher Eigenthümlichkeit ausgebildete Individualität höher steht, als die noch unselbstständig in der Familie aufgehende. Und wie sich physiologisch die Familie in den entfernteren Graden der Verwandtschaft allmählig ganz in der Gattung verliert und darin verschwindet, so muss auch das sittliche und rechtliche Band der Familie mit jedem Grade ein loseres und lockereres werden, ohne dass man doch irgendwo eine bestimmte Gränze annehmen könnte.

Nur zwischen den eigenen Kindern oder Descendenten und den übrigen Verwandten tritt gattungsmässig ein bestimmter Unterschied im Familienbande hervor. Die letzteren haben nur einfach ihr gattungsmässiges Erbrecht, bei den Kindern kommt aber das schon oben S. 177 berührte Verhältniss der Fortpflanzung der eigenen Existenz in den Kindern hinzu. Daraus folgt für die Aeltern die gattungsmässige Pflicht, für die Kinder wie für sich selber zu sorgen, also auch beim Tode ihnen die Fortexistenz durch Zuwendung des dazu nöthigen Vermögens zu sichern. An sich geht dieses zwar, wie im Leben, rechtlich nur bis zur Alimentation, jedoch einer vollständigen den Verhältnissen gemässen, indessen liegt es nahe, hier die sittliche, d. h. die natürliche Liebespflicht auch rechtlich bis zur Gewährung eines eigentlichen Pflichttheiles zu steigern.

Natürlich können alle diese philosophischen Speculationen keinen unmittelbaren praktischen Werth beanspruchen. Sie können nur die allgemeinen Ideen und Elemente darlegen, nach denen sich in der Geschichte die wirklichen positiven Rechte der einzelnen Völker gestalten. Namentlich beruht aber auf dem Gegensatze der Individualität und Gattungsmässigkeit der menschlichen Existenz die historische Erscheinung, dass in den früheren Zeiten der Völker, wo die Individualität noch weniger entwickelt ist, das Erbrecht der

Familie das überwiegende ist, später dagegen mehr die freie Verfügung zur Herrschaft kommt, dann aber auch das Pflichttheilsrecht hervortritt. Wenn in Rom das Testament schon verhältnissmässig früh zur Entwicklung gelangt ist, so beruht das darauf, dass das römische Recht überhaupt seine welthistorische Eigenthümlichkeit vorzugsweise darin hat, dass in ihm das Princip der individuellen Freiheit im Privatrechte besonders zur Ausbildung gekommen ist.]

II.

Die Rechtsphilosophie kann mit ihren Abstractionen über legislative Fragen nicht endgültig entscheiden. Sie kann die allgemeinen Ideen bestimmen, auch die verschiedenen Standpunkte angeben, die eine Gesetzgebung einnehmen kann, allein bei der concreten positiven Feststellung des Rechts in einem Gesetze muss die Gesetzgebung nothwendig und hauptsächlich zwei andere Umstände mit berücksichtigen, nämlich:

1. den bisherigen Rechtszustand des Volkes oder Staates, für den das Gesetz gegeben werden soll;
2. die Zweckmässigkeit der einzelnen Rechtsprincipien, wie sie sich in dem bisherigen Leben der Völker erfahrungsmässig herausgestellt hat, sei es positiv zu Gunsten eines Princips oder negativ zu seinem Nachtheile.

1.

Fasst man den ersten Gesichtspunkt ins Auge, so darf man freilich nicht davon ausgehen, dass eine neue Gesetzgebung wesentlich nur die Aufgabe habe, das bisherige bestehende Recht neu zu redigiren und in eine neue Form zu bequemerem Gebrauche zu bringen, höchstens etwa noch kleinere Unebenheiten in seinen Detailbestimmungen auszugleichen. Vielmehr muss, wenn eine Nation das grosse Werk einer neuen Gesetzgebung unternimmt, dabei nothwendig auch der Standpunkt eingenommen werden, das bisherige Recht

in seinen eigentlichen Hauptprincipien einer genauen Kritik zu unterwerfen, ob dieselben an sich zweckmässig und vernünftig seien, und ob sie sich im Laufe der Zeit bewährt haben. Recht und Gesetz, wenn sie auch historisch aus dem Volksleben hervorgehen, dürfen darum nicht immer als ideale tadellose Gestaltungen angesehen werden. Wie der einzelne Mensch Irrthümer, üble Angewohnheiten und sittliche Auswüchse haben kann, so sind diese auch bei ganzen Stämmen und Völkern möglich, und die Geschichte des Rechts ist nicht arm an Beispielen der Art, namentlich auch in unserem Vaterlande. Ueberdies aber können auch Rechtssätze und Einrichtungen, die bei ihrer Entstehung für die damaligen Verhältnisse gut und passend waren, wenn sie im Laufe der Zeit trotz der Veränderung der Verhältnisse, wie so oft, mit Zähigkeit festgehalten werden, einen völlig anderen Charakter bekommen und zu schreienden Unbilligkeiten und Hindernissen der gesunden Entwickelung werden. Dann tritt das ein, was Goethe den Mephistopheles so schlagend sagen lässt:

Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage,
Weh' dir, dass du ein Enkel bist.

Eben darum kann sich die Gegenwart nie das Recht nehmen lassen, einmal mit der Vergangenheit Abrechnung zu halten, und die etwaigen Missbildungen der Geschichte mit scharfen Schnitten zu beseitigen. Gerade die Abfassung neuer Gesetzbücher ist aber so recht eigentlich die passende Gelegenheit, durchgreifend und bis in die Einzelheiten des Privatrechts hinein eine kritische Revision des alten Rechts vorzunehmen, und die Ideen der Gegenwart mit Beseitigung aller Hemmnisse in vollem Umfang zur Anerkennung und Geltung zu bringen.

Allein so vollständig man dieses alles anerkennen mag, so versteht sich doch von selber, dass man auch bei einer

umfassenden neuen Gesetzgebung doch nie ohne Noth und ohne dringende Gründe Aenderungen im bisherigen Rechte, das im Bewusstsein und der Gewohnheit des Volkes lebt, machen soll. Und natürlich je wichtiger ein Rechtsprincip ist, je tiefer und unmittelbarer es ins Leben und Bewusstsein des Volkes eingreift, um so vorsichtiger muss man bei einer in Frage stehenden Abänderung desselben sein. Einzelne Uebelstände des alten und Vortheile des neuen Rechts können nicht schon entscheiden und Abänderungen begründen. Denn bei der unendlichen Verschiedenheit der einzelnen concreten Verhältnisse und Fälle ist es ganz unmöglich, dass ein Gesetz gleichmässig auf alle einwirke, für alle gleich zweckmässig und passend sei, und in der Anwendung gleich segensreich sich erweise. Der Gesetzgeber muss das Rechtsleben des Volkes im Grossen und Ganzen ins Auge fassen und die alten und neuen Principien sowohl in ihrer inneren juristischen Begründung als ihrer socialen und moralischen Bedeutung und ihren erfahrungsmässigen Wirkungen abwägen, und wenn danach die Wage der Entscheidung schwankt, die Gründe für das alte und das neue Gesetz ein zweifelhaftes Resultat geben, wird er im Zweifel sich für die Beibehaltung des alten Rechts zu entscheiden haben. Denn jeder Wechsel des Rechts bringt für längere oder kürzere Zeit eine Unruhe und Unsicherheit in das Leben, die vom Volke als ein Uebelstand empfunden wird, und um so mehr, je fester das bisherige in seinem Bewusstsein stand und je weniger der einzelne die überwiegenden Gründe der Aenderung zu übersehen und zu erkennen vermag.

Wendet man dieses auf die vorliegende Frage an, so ergiebt sich, dass die Einführung einer absoluten Testirfreiheit in Deutschland schon einfach aus dem Grunde in höchstem Grade als bedenklich, ja eigentlich fast unmöglich erscheinen muss, weil sie mit dem gesammten bisherigen deutschen Rechte und allen bisherigen Rechtsanschauungen in zu schneidendem Widerspruche steht.

Um die Bedeutung des Pflichttheilsrechtes für das deutsche Rechtsbewusstsein zu würdigen, muss man zunächst in Betracht ziehen, dass das alte deutsche Erbrecht reines Familien-Erbrecht war, und das Testament noch gar nicht kannte. Das Familienband war so enge, dass selbst die Veräusserungen unter Lebenden zum Nachtheile der Familie wenigstens beim Grundbesitze und den Erbgütern den bekannten Beschränkungen unterlagen. Allerdings fanden die Testamente durch Vermittelung der Kirche schon früh Eingang, früher als das sonstige römische Recht, und dabei ist anfangs von dem römischen Notherbenrechte ganz entschieden noch gar keine Rede [36]) gewesen, namentlich nicht bei Einsetzung der Ehefrau mit Ausschliessung der Kinder. Dies zeigt besonders deutlich das bekannte Testament von Luther [37]). Dieser vermachte sein ganzes Vermögen seiner Frau, dagegen seinen Kindern gar nichts, und zwar, wie er ausdrücklich sagt, weil „ich will, sie müsse nicht den Kindern, sondern die Kinder sollen ihr in die Hände sehen." Indessen liegt die Erklärung für die Zulassung dieser Freiheit einfach darin, dass willkürliche und böswillige Enterbungen der Kinder eben noch als ganz unmöglich galten [38]), und man darum alles vertrauensvoll der natürlichen väterlichen Liebe anheim stellen konnte [39]). Denn wie hoch man die natürliche Pflicht gegen die Familie stellte, sieht man daraus, dass es z. B. in Lübeck noch im 14. und 15. Jahrhundert feste Sitte war, auch die Seitenverwandten im Testamente zu bedenken und dies sogar zu einer Art Rechtspflicht wurde, die man freilich im 16. Jahrhunderte auf den geringen Betrag von 8 Schilling 4 Pfennige heruntersetzte [40]).

---

[36]) Pauli, Abhandl. a. d. Lübischen Recht, 3, 246 ff.
[37]) Weiske, praktische Untersuchungen, 1, 7—8.
[38]) Weiske, a. a. O. S. 51—59.
[39]) Pauli, a. a. O. Seite 248.
[40]) Pauli, a. a. O. Seite 260.

Unter diesen Umständen ist es sehr natürlich, dass als nun im 16. Jahrhundert das römische Recht vollständig recipirt wurde, auch das Notherbrecht desselben sofort allgemeine und vollständige Aufnahme in allen Theilen von Deutschland fand. Partikularrechtlich sind durch Gewohnheit oder Gesetze wohl einzelne Modificationen eingeführt, z. B. bei der Einkindschaft, bei der Gütergemeinschaft, ferner in Betreff der Geschwister und der Ascendenten, in der Form der Zuwendung des Pflichttheiles etc. [41]), indessen sind diese im Principe nie gegen das Pflichttheilsrecht der Descendenten gerichtet. Nirgend zeigt sich eine Tendenz, das Recht der Kinder zu schmälern, dem Vater eine unbedingte Testirfreiheit zu geben und ihm eine völlige Ausschliessung einzelner Kinder zu Gunsten eines einzigen, oder gar aller zu Gunsten eines Fremden zu gestatten.

Dass ebenso auch in allen neueren Gesetzbüchern das Princip des Pflichttheilsrechtes beibehalten ist, ist bereits oben nachgewiesen. Ja es ist in diesen zum Theil sogar noch ausgedehnt, theils durch Vergrösserung der Quote, theils durch Uebertragung auf die Ehegatten.

Unter diesen Umständen muss es im höchsten Grade als bedenklich erscheinen, das Princip der absoluten Testirfreiheit in dem neuen Gesetzbuche anzunehmen.

Selbst wenn dasselbe an sich der Zweckmässigkeit nach den Vorzug vor dem Pflichttheilsprincipe verdienen sollte, würde das blosse Dasein einer so alten allgemeinen und festen Rechtsansicht und Gewohnheit des Volkes ein schwerwiegender Grund gegen seine Annahme sein, namentlich weil die Aenderung so tief in das ganz unmittelbare Rechtsbewusstsein des Volkes einschneiden würde. Denn das Pflichttheilsrecht gehört nicht zu denjenigen Gebieten des Rechts, die dem Bewusstsein des Laien fern liegen, bei denen daher selbst tief-

---

[41]) Mühlenbruch, in der Forts. von Glück's Pandekt. Comm. B. 38 S. 1—117.

greifende principielle Aenderungen vom Publikum im Allgemeinen kaum verstanden und empfunden werden; vielmehr ist das Pflichttheilsrecht fast einem Jeden im Volke und besonders in den unteren Klassen mehr oder weniger bekannt, sei es durch Erwägung der eigenen subjectiven Berechtigung oder Verpflichtung, oder durch Erfahrungen und Mittheilungen aus anderen ihm nahe stehenden Familien. Das Pflichttheilsrecht bildet einen Theil des Familienrechtes, und dieses ist eben der Theil des Rechtes, der aus naheliegenden Gründen am weitesten in der unmittelbaren Kenntniss des Volkes liegt. Eine Aufhebung des Pflichttheilsrechtes würde sich daher jedenfalls sofort in allen Kreisen des Volkes sehr lebhaft fühlbar machen und je nach Umständen auch eine grosse Missstimmung hervorrufen. Diese könnte nun zwar, sofern ihr eine überwiegende Zustimmung von anderer Seite entgegenstände, nicht entscheiden, indessen ist danach jedenfalls eine sehr sorgfältige Prüfung der Zweckmässigkeitsgründe, die für die Testirfreiheit sprechen, nothwendig.

2.

Die Frage nach der legislativen Zweckmässigkeit der Testirfreiheit ist, wie bereits oben hervorgehoben ist, in Deutschland nie so eingehend behandelt wie in Frankreich. Zu nennen ist in Deutschland eigentlich nur eine Abhandlung von Helferich[42]), die sich aber nur auf die bäuerlichen Verhältnisse von Württemberg und Baiern bezieht. Dagegen ist die Frage in Frankreich ganz allgemein sehr eingehend behandelt in der schon oben S. 175 genannten Schrift: La réforme sociale par M. F. Le Play. Es scheint daher zweckmässig, die Erörterung der Frage ganz direct an diese Schrift anzuknüpfen. Die Schrift behandelt in drei starken Bänden überhaupt sämmtliche moderne sociale Fragen, legt aber dabei auf die Ordnung des Erbrechts ein ganz besonderes Gewicht.

---

[42]) Oben S. 170 n. 18 cit. Auch Schultzenstein, Pflichttheilsrecht (1878) § 41, geht nicht tief ein.

Sie erschien zuerst 1864, erregte aber ein so grosses Interesse, dass sie schon bis zum Jahre 1874, also in 10 Jahren 5 Auflagen erlebt hat.

Der Verfasser, ehemaliger Senator und Staatsrath, hat religiös und politisch einen hochconservativen Standpunkt. Er bekämpft die Principien der Revolution von 1789 und ihre Glorification sehr energisch, bestreitet ihre Rechtfertigung aus den vorherigen socialen Zuständen Frankreichs, ist ein Bewunderer des Mittelalters, und glaubt, dass nur durch eine vollständige Reform der in der Revolution gebildeten und durch sie zur Herrschaft gelangten Zustände Frankreich vor dem völligen Verfalle gewahrt und gerettet werden könne. Als einen der schlimmsten Irrthümer der Revolution und als eine Hauptquelle der Uebelstände im gegenwärtigen socialen Leben Frankreichs sieht er dabei das System des Erbrechts im Code civil an, nämlich das „régime du partage forcé", d. h. das Princip der gleichmässigen Vertheilung der Erbschaft unter die Kinder oder sonstigen Verwandten, was durch den hohen Betrag der Réserve und die Beschränkung der Testirfreiheit begründet werde. Darin liege der Ruin der Familien, ihres Wohlstandes, ihrer Sittlichkeit, Religiosität, Arbeitsamkeit, darin die Quelle des Proletariats, der Habsucht, des Actienschwindels, der Mangel an Kräften für Verwaltung und Politik etc. Die Rettung sei aber nicht in der Rückkehr zu dem alten „régime de conservation forcée" durch Primogenitur u. dgl. zu suchen, denn diese gebe dem Zufalle der Geburt zu viel Einfluss, sondern nur in der Annahme des „régime de la liberté testamentaire", d. h. des Princips der vollen Testirfreiheit.

Von diesem Standpunkte aus führt er dieses Princip im einzelnen weiter aus, überall mit grosser Entschiedenheit und Eingenommenheit für seine Ideen, aber doch mit ruhiger Besonnenheit, einer gewissen Unparteilichkeit, und grosser Sachkenntniss. Dies ist namentlich auch bei uns von nationalökonomischer Seite anerkannt und hervorgehoben in einer

kurzen Anzeige des Buches in der Tübinger Zeitschrift für Staatswissenschaft (21, 302) von Schäffle. Schon vorher war übrigens die Frage von der Testirfreiheit in Frankreich in der Tagespresse und sonst mehrfach besprochen, und darauf beruht ein Aufsatz von Courcelle-Seneuil[43]), der zwar erst im Juni 1865 erschien, aber unabhängig von Le Play's Schrift zu sein scheint, und die Testirfreiheit noch viel heftiger und rücksichtsloser fordert, als Le Play es thut. Das grosse Aufsehen, was die Schrift von Le Play in Frankreich erregte, scheint die Veranlassung geworden zu sein, dass die Académie des sciences morales et politiques im Jahre 1867 eine Preisaufgabe stellte über die „Droits de Légitime et de Réserve", und zwar nicht nur über ihre historische Gestaltung, sondern auch über ihren Einfluss „sur la moralité des familles et la condition des fortunes." Es wurden ihr zwei Schriften eingereicht, die Beide so preiswürdig erschienen, dass der Preis zwischen den Verfassern getheilt wurde. Beide sind später gedruckt. Es sind die beiden schon oben S. 172 n. 22 angeführten Schriften von Brocher und Boissonade. Beide gehen bei der moralischen und öconomischen Beurtheilung der Réserve genau auf die Ideen von Le Play ein, erklären sich aber beide entschieden gegen dieselben und vertheidigen das Princip der Beschränkung der Testirfreiheit durch das Pflichttheilsprincip. Boissonade bekämpft auch (p. 467—477) speciell den Aufsatz von Courcelle, der aber auch schon vorher, im Jahre 1866 in einer juristischen Zeitschrift von Toulouse angefochten war[44]).

Unterwirft man nun die in diesen Schriften für und wider die Testirfreiheit, zum Theil sehr ungeordnet und bunt durcheinander, vorgebrachten Gründe einer Kritik, so muss man zunächst gewisse reale Gründe, die auf festen greifbaren und erweisbaren Thatsachen beruhen, ausscheiden von einer

---

[43]) Journal des économistes. 46. 321.

[44]) Recueil de l'académie de legisl. de Toulouse. 15. 37.

Reihe anderer von mehr idealer Natur, deren Wahrheit sich nicht exact beweisen lässt, sondern mehr auf allgemeinen Anschauungen und Deductionen beruht. Beide sind in der Beurtheilung ganz zu trennen:

A. Bei den realen Gründen ist die Hauptsache und der Ausgang für alles weitere die durch das Pflichttheilsprincip nothwendig gemachte Theilung der Erbschaft. (Partage forcé.) Ob man dabei den Pflichttheil in der römischen Weise als Theil der einzelnen Intestatportion auffasst oder nach Art der französischen Réserve als Theil der gesammten Erbschaft, der der testamentarischen Disposition im Ganzen entzogen ist, ist für das Princip an sich gleichgültig. Auch ob man die Quote auf $^1/_2$ oder $^1/_3$ setzt, ist eine Nebenfrage, doch kann, da die neueren Gesetzgebungen überwiegend wenigstens bei den Descendenten für die Quote $^1/_2$ sind, diese bei der nachfolgenden Ausführung im allgemeinen zu Grunde gelegt werden. Auch hat dieselbe zunächst nur den Pflichttheil der Kinder in's Auge zu fassen.

Den Ausgang bildet nun dabei die einfache Thatsache, dass die Beschränkung der Testirfreiheit auf die Hälfte des Vermögens von selber eine Theilung der Erbschaft nöthig macht, die oft im höchsten Grade nachtheilig auf ihren ganzen Werth einwirkt. Dass dem so sei, liegt in der Natur der Sache und ist daher auch ausser Zweifel. Man denkt dabei meistens nur an den Bauernstand und den kleinen Grundbesitzer und die oft besprochenen Nachtheile der unbeschränkten Theilbarkeit der Bauerngüter. Allein auch der Handwerker mit seiner Werkstatt, der Kaufmann mit seinem Geschäfte, der Fabrikant mit seiner Fabrik, können in derselben Lage sein. Haben sie, wie so oft, ihr Vermögen ganz oder zum grösseren Theile in dem Geschäfte stecken, so wird auch dieses durch das Theilungsprincip ruinirt. Entweder muss es vollständig aufgelöst oder im ganzen verkauft werden, oder muss es Einer mit der ganzen Schuldenlast der Erbtheile der Geschwister annehmen und geht dann leicht daran

zu Grunde. Man spricht weniger von diesen Fällen als von der Theilung der Bauerngüter, weil bei solchen Geschäften keine reale Theilung wie bei den Bauerngütern möglich ist, und daher die Theilung keine so dauernd sichtbaren Folgen hinterlässt, wie bei den kleinen Land-Parzellen. Solche kleine Geschäfte entstehen und vergehen täglich in Menge, wer achtet da auf den Grund und auf den Ruin der einzelnen Familie! er verschwindet in der Masse; und wird es im Ganzen verkauft, so wird es meistens wohlfeil gekauft, es bleibt also für den Gesammtverkehr bestehen, der Käufer kann es bei wohlfeilem Kaufe häufig erfolgreicher fortsetzen, und die Verluste der Familie des alten Besitzers werden nicht weiter beachtet.

Mit Recht hebt Le Play bei dieser Theilung der Güter, namentlich der durch Verkauf, noch die grossen Kosten hervor, die dadurch bewirkt werden. Er führt ein Beispiel an von einem kleinen Besitzer im Nivernois, der ein Gut von zwar nur 900 Frcs. Werth aber vollständig schuldenfrei besass, und mit 4 unmündigen Kindern starb. Die Vormundschaft beschloss den Verkauf des Guts mit den Mobilien, der Erlös war 725 Frcs., die Kosten 694 Frcs.[45]) Er sagt, er habe den Fall dem Kaiser Napoleon III. mitgetheilt, dieser habe sich lebhaft dafür interessirt und den Minister Morny zu einer Aenderung der Gesetzgebung aufgefordert, die Sache sei aber ohne Erfolg geblieben.

Offenbar liegen alle diese Nachtheile des Theilungsprincips sehr nahe. Bei Erbschaften, die ganz aus Capitalvermögen bestehen, oder bei denen neben dem anderen Besitze eine genügende Capitalmasse ist, treten sie zwar nicht so regelmässig ein, doch sind sie auch hier möglich. Bei kleinem Capitale kann die Zersplitterung in kleine Theile den dauernden Werth ganz aufheben, während die Zusammenhaltung in der Hand Eines Kindes diesem die Möglichkeit

---

[45]) Tom. III. p. 680.

geben könnte, ein Geschäft einzurichten oder sonst eine Lebensstellung zu erlangen, die es ihm möglich machten, auch für die Geschwister sorgen zu können.

Somit fragt sich, wie die Nachtheile des Theilungsprincips vermieden werden können. Einige Hülfe liegt natürlich in der Festhaltung der Testirfreiheit für die eine Hälfte des Vermögens. Dadurch lassen sich manche Uebelstände beseitigen oder wenigstens verringern. In vielen Fällen der obigen Art wird es jedoch nicht helfen, und es kommt dabei noch hinzu, dass wenn einmal das Recht der Kinder auf den Pflichttheil feststeht, dann überhaupt jede Ungleichheit in der Hinterlassung des Vermögens meistens oder wenigstens leicht von den Kindern für ein Unrecht gehalten und dadurch dem Vater ihre Anordnung erschwert wird. Auch ist es natürlich, dass, wenn dieses Gefühl der Gleichheit auf Grundlage des festen Pflichttheilrechtes einmal allgemein und hergebracht ist, dann die ganze Testamentserrichtung überhaupt zu einem selteneren ungewöhnlichen und auffallenden Acte wird, zu dem man sich schwer entschliesst, und der darum auch in Fällen, wo er Hülfe geben könnte, leicht unterlassen wird.

Ein weiteres Mittel könnte die grössere Ausdehnung der Testirfreiheit und grössere Beschränkung des Pflichttheilrechtes sein, entweder durch Verkleinerung seiner Quote oder durch Zulassung von Belastungen desselben. Wenn der Vater in den obigen Fällen z. B. das ganze Gut oder Geschäft Einem Sohne geben und diesen von der Auszahlung der Pflichttheile der übrigen vorläufig befreien könnte, ihm nur die nöthige und mögliche Alimentation der anderen auferlegen und die Auszahlung der Pflichttheile in meliorem fortunam aufschieben dürfte, so würden damit allerdings häufig die beschriebenen Nachtheile aufgehoben werden können. Allein es ist leicht ersichtlich, dass das doch ein sehr precäres Mittel sein würde. In vielen Fällen, z. B. bei kleineren Gütern oder Geschäften, die einfach eine Familie ernähren, würde die Möglichkeit der Auszahlung nie kommen, in anderen

würde sie lange oder immer zweifelhaft sein und zu den drückendsten Aufpassereien, Ansprüchen und Streitigkeiten führen, die gerade unter Geschwistern dann einen besonders gehässigen Charakter haben würden. Schon das beneficium competentiae im gemeinen Recht giebt genügende Erfahrungen für dergleichen. Solche Mittelstufen von Recht und Nichtrecht sind legislativ immer sehr bedenklich, weil sie schwankende Zustände begründen, die dem Hauptzwecke des Rechts, Sicherheit und Festigkeit der Lebensverhältnisse zu begründen, direct widersprechen. Das andere Beschränkungsmittel aber, Verkleinerung der Pflichttheilsquote, erscheint gleichfalls nicht empfehlenswerth. Einerseits würde es in vielen Fällen auch nicht ausreichen, andererseits würde es dem Pflichttheile seine wahre Bedeutung nehmen und ihn zu einer Art kleinem Geschenke oder Legate heruntersetzen. Dann behielte er überhaupt keinen eigentlichen Werth, und man könnte ihn eben so gut ganz aufheben und die volle Testirfreiheit annehmen.

Zu diesem letzteren Resultate führen nun aber die bisherigen Betrachtungen überhaupt unvermeidlich hin. Will man den Uebelständen des Theilungsprincips entschieden und vollständig entgegentreten, so geht es in der That nicht anders, als wenn man dem Vater freie Hand lässt, sein Vermögen Einem der Kinder ganz zuzuwenden, höchstens mit Alimentationspflicht gegen die der Alimentation bedürftigen anderen Kinder. Die Gründe, die gegen dieses Princip in den oben genannten Schriften von Brocher und Boissonade eingewendet sind, sind nicht durchgreifend. Sie beziehen sich eigentlich nur auf die Frage nach der Theilbarkeit des ländlichen Grundbesitzes, die „pulvérisation du sol“, wie man es in Frankreich bezeichnet hat. Diese Frage hat aber ihre besondere Natur und kann nicht einfach mit der allgemeinen Frage der Theilbarkeit der Erbschaften zusammen geworfen werden. Es handelt sich dabei um die landwirthschaftliche und nationalöconomische Bedeutung des grossen und kleinen Grundbesitzes und die Vortheile oder Nachtheile der Erhaltung oder Zer-

theilung der geschlossenen Güter. Die Frage ist unabhängig von der Testirfreiheit zu entscheiden; denn diese kann ebensogut zur Zertheilung als zur Erhaltung der grossen Güter führen. Letzteres ist allerdings unzweifelhaft in England der Fall[46]). Dagegen hat sie in Amerika die Theilung gefördert oder wenigstens nicht gehindert. Für die Städte giebt dies Le Play selber zu[47]), ganz allgemein behauptet es Tocqueville in seinem berühmten Werke über die Demokratie in Amerika[48]).

Nur ein festes Gesetz kann die Geschlossenheit der Güter sichern und Le Play selber nimmt an, dass seine Testirfreiheit nur in Verbindung mit einem entsprechenden Gesetze über Intestatsuccession ihre volle Wirksamkeit ausüben könne. Ein solches Gesetz ist nun aber wohl beim Grundeigenthum möglich, nicht aber in allen den anderen Verhältnissen, wo der Ausschluss der Theilung etwa im einzelnen wünschenswerth erscheint. Denn hier richtet sich alles nach der Verschiedenheit des concreten Falles. Man kann für die Erhaltung von Handwerks- und Handelsgeschäften nicht wie für die von geschlossenen Bauerngütern allgemeine Gesetze geben. Für den Staat und die Gesellschaft ist die Erhaltung von jenen gleichgültig und für die Familie kann ihre Erhaltung im einzelnen Falle werthlos, ja nachtheilig sein. Hier kann daher nur ein verständiges Ermessen nach den concreten Umständen entscheiden, und dafür ist denn allerdings die volle Freiheit des Familienvaters in testamentarischer Ordnung der Verhältnisse das einzige wirklich durchgreifende Hülfsmittel.

Man könnte zwar fragen, ob es nicht genüge, die Testirfreiheit eben nur ausnahmsweise für solche Fälle einzuführen, als Regel aber das Pflichttheilsrecht beizubehalten. Die Ausnahme vom Pflichttheilsrechte wäre dann etwa unter den

---

[46]) Helferich, a. a. O. S. 127—133. 146—7.

[47]) La réforme, ch. 22, V. (ed. 5. p. 316.)

[48]) La démocratie en Amérique. T. 1. c. 3.

Gesichtspunkt einer exheredatio bona mente zu stellen und der Testirer müsste jedesmal die besondern Umstände und Gründe, die ihn zu der betreffenden Bestimmung bewegen, angeben. Allein natürlich müsste doch die Beurtheilung ihrer Richtigkeit und Erheblichkeit dem richterlichen Ermessen unterworfen werden; dann aber wäre die Ausnahme wieder, wie oben die Belastung des Pflichttheiles, eine äusserst bedenkliche, zu der Niemand gern schreiten würde, und die fast regelmässig zu den unangenehmsten Streitigkeiten und Processen unter den Geschwistern führen würde.

Unbedingt wäre daher eine volle Testirfreiheit vorzuziehen. Man müsste eben so weit auf den gesunden Sinn des Volkes und die natürliche Liebe des Vaters zu seinen Kindern vertrauen, dass er ohne genügenden Grund nie solche Bevorzugungen einzelner Kinder anordnen werde. Bei uns wird das allerdings vielen in hohem Grade bedenklich und gefährlich vorkommen, und man wird eine Menge Erfahrungen aus unserm bisherigen Leben anführen können, die gegen die Zulassung eines solchen Vertrauens sprechen. Wie oft ist schon einseitige grundlose Eingenommenheit für oder gegen einzelne Kinder die Veranlassung zu lieblosen Testamenten geworden! Dazu kommt die Gefahr, dass einzelne Kinder, die bei höherem Alter des Vaters bei ihm oder in seiner Nähe wohnen, die dadurch gegebene Gelegenheit benutzen, ihn zu unbilligen und grundlosen Benachtheiligungen der abwesenden Geschwister zu bestimmen. Solche Erfahrungen machen allerdings die Annahme der vollen Testirfreiheit bedenklich. Indessen muss man dagegen bedenken, zunächst, dass doch in England und Amerika die Testirfreiheit erfahrungsmässig nicht zu erheblichen Missbräuchen der Art führt, da man sonst nicht mit solcher Vorliebe und Festigkeit an ihr hängen würde[49]). Allerdings kann man sagen, dass im Charakter des englischen Volkes ein gleichmässiges

---

[49]) Vgl. die oben S. 170 n. 17 cit. Schrift von M'Culloch.

conventionelles Festhalten an gewissen hergebrachten allgemeinen Anschauungen und Gewohnheiten, und dem entsprechend ein weitgreifender fester Familiensinn, tiefer begründet ist, als gegenwärtig im deutschen Volke, wo individuelle Freiheit und Unabhängigkeit von herkömmlichen Schranken eine grössere Herrschaft erlangt haben. Indessen ist doch auch bei uns grade das Band zwischen Aeltern und Kindern ein so enges und inniges, dass man Unrecht thun würde, wenn man ihm kein Vertrauen schenken wollte, und sicher würde grade die mit der grösseren Freiheit gegebene grössere Verantwortlichkeit nur eine Steigerung des Gefühles für die sittliche Familienpflicht zur Folge haben.

Keinenfalls kann die blosse Möglichkeit des sittlichen Missbrauchs eines Gesetzes seinen Werth an sich aufheben, da Missbrauch bei jedem Gesetze möglich ist. Einen anderen als einen „sittlichen" Missbrauch dürfte man aber keinenfalls annehmen, da man immer daran festhalten muss, dass ein eigentliches Recht auf die Erbschaft für die Kinder nicht existirt. Entscheidend könnte nur sein, wenn man fürchten müsste, dass der Missbrauch so häufig und die daraus hervorgehenden Uebelstände so gross werden würden, dass sie das Maass der Uebelstände, die das gegenwärtige Princip des Pflichttheilsrechtes mit sich führt, übersteigen würden. Dies aber wird man nach den Erfahrungen, die in England und Amerika gemacht sind, auch in Deutschland, zu seiner Ehre muss man es annehmen, sicherlich nicht besorgen können.

Es kommt noch ein weiterer Umstand hinzu, nämlich das Princip, durch welches Luther bei seinem oben besprochenen Testamente geleitet ist: „ich will, meine Frau müsse nicht den Kindern, sondern die Kinder sollen ihr in die Hände sehen." Auch dieses ist ein realer Grund, der für die Testirfreiheit wenigstens in dem betreffenden Verhältnisse spricht. Es muss den Ehegatten freistehen, einander, auch wenn Kinder da sind, ihr ganzes Vermögen oder wenigstens den Niessbrauch davon zuzuwenden, ohne dass die

Kinder dagegen ein Pflichttheilsrecht geltend machen können. Nach römischem Rechte ist das nicht möglich, aber das Gefühl, was Luther hatte, ist ein allgemeines in unserem Volke. Nicht bloss die sittliche Natur der Ehe, wie man meistens sagt, sondern hauptsächlich die Innigkeit der Liebe, die Erfassung der inneren Einheit mit der ganzen Tiefe des Gemüthes, das vollständige sich in einander hinein leben und fühlen, macht, dass bei der deutschen Ehe im Gefühle der Gatte den Kindern vorgeht, und nicht wie in Rom die Kinder dem Gatten. Der Mann sorgt zuerst für seine Frau, die ihm das eigentliche Glück seines Lebens verschafft hat, und die Frau kann in der Liebe zum Manne, dem sie ihr alles zu eigen gegeben, selbst ihre Kinder vergessen. Darum wird Jeder, der in wahrer Liebe lebt und vielleicht lange gelebt hat, beim Gedanken an die Trennung durch den Tod das Gefühl und den Wunsch haben, dass der andere das Leben, wie sie es gemeinsam geführt haben, auch allein nach Möglichkeit möge fortführen können, dass ihm Sorgen und Beschränkungen womöglich fern bleiben, und keinenfalls die Kinder ihm die Mittel für diese Existenz entziehen dürfen. Dass der andere für die gemeinsamen Kinder, die ja das einzige sind, was ihm von seiner Liebe geblieben ist, sorgen werde, ist eine so natürliche und sich von selber verstehende Annahme der Liebe, dass es einer rechtlichen Fürsorge dafür gar nicht zu bedürfen scheint. Dass die Frau dem Manne die Mittel seiner Existenz gebe, ist zwar natürlich selten nöthig, desto mehr umgekehrt, dass der Mann für seine Wittwe sorge, dabei sind aber die Pflichttheilsrechte der Kinder oft sehr störend und können auch durch die cautela Socini nur unvollkommen beseitigt werden. Eine Ausdehnung der Testirfreiheit wenigstens auf den Niessbrauch würde hier wohl in ganz Deutschland wenig auf Widerspruch stossen. In vielen Gegenden ist der Niessbrauch schon von selbst statutarisches Recht, sog. portio statutaria, indessen geht das zu weit, da die Verhältnisse denn doch zu verschieden sind, und eine

gegentheilige Bestimmung den Ehegatten stets möglich bleiben muss.

Das Resultat dieser Ausführungen ist, dass vom Standpunkte der realen Verhältnisse aus eine Ausdehnung der Testirfreiheit mit Aufhebung oder Beschränkung der Pflichttheilsrechte der Kinder, wenn auch nicht unbedenklich doch in vielen Beziehungen als zweckmässig erscheint. Indessen sind dabei nothwendig zwei Beschränkungen hinzuzufügen:

Die Testirfreiheit ist nicht absolut, sondern nur relativ begründet, d. h. sofern sie zu Gunsten einzelner Kinder oder des Ehegatten ausgeübt wird. Dagegen liegt kein allgemeiner und realer Grund vor, den Aeltern zu gestatten, das Vermögen den Kindern und Gatten ganz zu entziehen und es fremden Personen zuzuwenden, sei es anderen Verwandten oder ganz fremden, oder gar es zu Stiftungen für Corporationen, Anstalten und anderen derartigen Zwecken zu verwenden. Wohl können einzelne Verhältnisse vorkommen, wo es unnöthig erscheint, den im Wohlstande befindlichen Kindern noch weiteres Vermögen zuzuwenden, und wo es unverfänglich erscheinen kann, andere arme Verwandte zu unterstützen oder Stiftungen irgend einer Art zu machen. Allein für solche einzelne Fälle kann kein allgemeines Princip aufgestellt werden. Der natürliche Erbgang von den Eltern auf die Kinder kann unter diesen selber wohl durchgreifend modificirt werden, aber die vollständige Aufhebung mit Zuwendung an Dritte kann wenigstens nicht durch bestimmte allgemeine Zweckmässigkeitsgründe von realer Natur gerechtfertigt werden. Die allgemeinen idealen Gründe aber, die sich etwa dafür anführen lassen, können erst unten erwogen werden. Hier muss man sagen, dass im allgemeinen die Freigebung eines Theiles des Vermögens zu solchen Zwecken genügt und für das übrige das Princip des Pflichttheiles das natürliche ist. Die Gründe, die Le Play u. a. namentlich für die Freiheit der Stiftungen anführen, das allgemeine Freiheitsprincip, die Förderung der allgemeinen Wohlfahrt und des Nutzens des

Staates und der Gesellschaft u. s. w., gehören sämmtlich zu der zweiten unten zu bezeichnenden Kategorie.

2. Eine zweite besonders in Frankreich viel besprochene Frage ist die, ob man die volle Testirfreiheit auch für Substitutionen, also für die Errichtung von Familien-Fideicommissen und Familienstiftungen, gelten lassen soll. Indessen geht .diese Frage über die einfache Testirfreiheit im Verhältnisse zum Pflichttheilsrechte hinaus, da sie gleichmässig auch für die Anordnungen der Art, die keinen Pflichttheil verletzen, gilt, und die Verletzung der Pflichttheile dabei nur eine Nebenfrage bildet, die nur nach den bisherigen Principien beantwortet werden kann.

Die Zulassung der Fideicommisse bildet aber beim Grundeigenthum eine Frage von so eminent politischer und nationalökonomischer Bedeutung, dass hier darauf nicht eingegangen werden kann. Es bezieht sich gerade auf die Freiheit der testamentarischen Stiftung von Fideicommissen bei den Bauerngütern vorzugsweise die schon oben S. 190 genannte vortreffliche Abhandlung von Helferich.

B. Neben den bisher besprochenen realen Gründen für die Testirfreiheit steht nun eine Reihe anderer, die mehr eine ideale Natur haben, und auch von Le Play einmal als „valeurs immateriels“ bezeichnet werden. Die Franzosen haben gerade diese mit einer gewissen Vorliebe behandelt, weil sie Gelegenheit gaben, die Frage mit der den Franzosen so eigenen und geläufigen Rhetorik zu behandeln und sich in allgemeinen Ideen und Anschauungen zu ergehen. Für den mehr nüchternen deutschen Charakter haben sie eine geringere Anziehungskraft, weil sie keinen so festen und greifbaren Beweis liefern, als die, welche auf der Natur der realen Verhältnisse beruhen. Es sind folgende:

1. Das Testament ist die höchste und vollste Ausübung des Eigenthums, darum erhöht die Anerkennung der vollen Testirfreiheit, wie Le Play sagt: „le prestige de la propriété“; wer es so hat sowohl, wie der, der es dadurch er-

wirbt, wird seinen Werth höher schätzen, ja bekommt, wie Le Play in seiner rhetorischen Uebertreibung sagt, „un caractère plus vénérable et plus digne.“ Dadurch wird die allgemeine Achtung vor dem Eigenthum überhaupt gehoben, und somit ein sehr wirksames Gegengewicht gegen den Communismus begründet.

Darin liegt allerdings eine gewisse Wahrheit, allein wesentlich vorausgesetzt wird dabei, dass stets ein verständiger Gebrauch von der Testirfreiheit gemacht werde. Denn wenn die Testamente, was bei absoluter Freiheit leicht möglich wäre, häufig zu willkürlichen, unbilligen und unpassenden, oder gar zu sonderbaren und eigensinnigen Bestimmungen benutzt würden, so könnte das nur dazu dienen, den Respekt vor dem Eigenthum und den Eigenthümern zu schwächen, Neid und Eifersucht zu wecken, und den Wunsch rege zu machen, dass statt solcher subjektiven Willkür lieber feste objektive Gesetze über die Verwendung des Eigenthums verfügten oder dasselbe gar in der Hand einer communistischen Gesammtheit ruhte. Was der Erfolg einer absoluten Freiheit bei uns sein würde, kann man natürlich nicht wissen. Man kann sich zwar auch hier, wie schon oben geschehen ist, auf England berufen; allein es ist auch schon oben bemerkt, dass die Gefahr von individueller Willkür und Missbrauch der Freiheit bei uns grösser ist und bei absoluter Freiheit natürlich nur steigen würde. Jedenfalls aber sind die gefährlichen Feinde des Eigenthums nicht die, die über grosse Vermögen zu testiren haben oder daraus zu erwerben hoffen, sondern die, die wenig haben und nichts zu erwarten haben, und diese könnten durch die Häufigkeit der Testamente leicht nur zum Gefühle ihres Mangels und damit zu Neid und Hass gegen das Eigenthum angeregt werden.

2. Die Testirfreiheit giebt ein Gefühl von Macht und damit auch von Verantwortlichkeit; man wird veranlasst, selber über die zweckmässigste Art der Verwendung seines Vermögens nachzudenken, und diese nicht einfach unthätig

von der Bestimmung der Gesetze abhängen zu lassen; dadurch wird der Sinn angeregt, überhaupt selbstthätiger das Leben zu ordnen und zu gestalten und nicht alles vom Staate und den Beamten zu erwarten; dadurch aber wird eine Grundlage für die Principien der Selbstverwaltung gebildet.

Auch dieser Gedanke hat etwas wahres, ist aber doch sehr sanguinisch. Man kann nur einmal im Leben ein Testament machen (d. h. ein wirksames) und dabei ist der Inhalt meistens durch die privaten Verhältnisse, in denen man lebt, nahe gelegt, einzelne Neigungen und Wünsche bestimmen ihn zum grösseren Theile. Der Erfolg für den ganzen Charakter kann dabei kaum ein grosser sein. Dies bestätigt die Erfahrung bei uns schon gegenwärtig; denn schon jetzt hat ja ein jeder, der keine Kinder oder Aeltern hat, volle Testirfreiheit, und selbst wenn er welche hat, kann er wenigstens über $^1/_2$ oder gar $^2/_3$ seines Vermögens frei testiren. Le Play beruft sich auch hier auf England; allein der Nachweis, dass das englische Selfgovernment hauptsächlich oder auch nur zu einem grossen Theile auf der Testirfreiheit beruhe, ist von ihm nicht geliefert und überhaupt nicht zu liefern.

3. Die volle Testirfreiheit begründet eine äusserst wirksame Kräftigung der väterlichen Autorität in der Familie. Wenn kein Kind ein Recht auf einen Erbtheil hat, jedes weiss, dass es bei Trägheit oder sonstiger übler Aufführung ohne weiteres vom Vater ganz ausgeschlossen werden kann, so giebt das nicht nur eine kräftige Warnung vor alle dergleichen, sondern auch eine heilsame Mahnung, das schuldige Pietäts- und Respektsverhältniss gegen den Vater einzuhalten; das ganze Familienleben bekommt dadurch festere Zucht und Ordnung, und überhaupt wird das Gefühl für Autorität, Unterordnung und Gehorsam dadurch gefördert.

Es ist dies ein Grund, den auch Helferich in dem oben citirten Aufsatze (S. 148) sehr geltend macht. Unzweifelhaft kann auch ein solches unbedingtes Enterbungsrecht eine heil-

same Furcht wenigstens bei den schon herangewachsenen Kindern erwecken und dazu dienen, ihre Leidenschaften im Zaum zu halten. Allein man muss zunächst doch auch fragen, ob eine solche pecuniäre Furcht wirklich ein geeignetes Mittel für die Familienzucht ist? In den Jahren der eigentlichen Erziehung ist sie dies sicherlich nicht. Wer denkt in der Jugend an erben und enterbt werden? Die Drohung damit wird selten Eindruck machen, weil sie zu entfernt wirkt und in der Regel in keinem Verhältnisse zu den Fehlern der Jugendzeit steht. Würde sie aber ausgeführt, so würde sie, da sie ja häufig erst nach Jahren zur Wirksamkeit gelangen würde, dann stets ihren Erfolg verfehlen und bei veränderten Verhältnissen meistens als eine sinnlose Grausamkeit erscheinen.

Wirksamer kann sie bei den herangewachsenen Söhnen und Töchtern ihren Einfluss ausüben. Allein bei diesen ist ja das Verhältniss überhaupt anders. Sie stehen mehr oder weniger selbstständig im Leben, ihr Verhältniss zum Vater ist ein festeres und ruhigeres, Differenzen zwischen ihnen haben jetzt tiefere Gründe, als dass sie mit der Enterbungsfurcht überwunden werden dürften, höchstens für leidenschaftliche Ausbrüche und Vergessen der schuldigen Pietät könnte diese noch passen.

Dagegen tritt jetzt umgekehrt die Möglichkeit des Missbrauches von Seiten des Vaters in den Vordergrund, und zwar in zwiefacher Weise. Ist er kräftig und energisch, so wird er seine Macht leicht missbrauchen, um unberechtigte Anforderungen und Zumuthungen gegen die Kinder durchzusetzen, z. B. Töchter zu Heirathen nach Seinem Willen zu drängen, Söhne zu Lebensrichtungen nach Seiner Neigung zu bestimmen. Ist er dagegen schwach und nachgiebig, so wird er leicht die Beute von Erbschleichern werden, sei es einzelner Kinder oder gar Fremder.

Wer will und wer kann hier Vortheil und Nachtheil, Hoffnung und Gefahr, auch nur mit einiger Sicherheit ab-

wägen? Le Play sagt, es giebt mehr lasterhafte Söhne als ungerechte und schwache Väter. Aber womit will er es beweisen?

4. Die Testirfreiheit giebt einem Jeden das Recht aber auch die Pflicht, für das Wohl seiner Familie nach seinem Ermessen zu sorgen; sie steigert damit den Erwerbstrieb und die Sparsamkeit bei ihm, damit er es möglich machen könne, Einem der Kinder den Grundstock des Vermögens zu geben, so dass er einen bleibenden Mittelpunkt für die ganze Familie bilde, und doch auch den anderen Kindern die Mittel zuzuwenden, eine selbstständige Stellung im Leben zu gewinnen.

Auch Helferich (S. 147—9) hat auf diesen Grund ein besonderes Gewicht gelegt. Er meint, bei der Intestatsuccession mit gleichen Erbtheilen werde dem Familienvater der Gedanke an sein Ende nicht so nahe gelegt, man lebe leichter hin und strenge sich nicht so an, weil ja die Ersparniss für jedes einzelne Kind doch nicht viel ausmache. Dabei ist nun aber leicht ersichtlich, dass der ganze Grund keinenfalls die absolute Testirfreiheit begründen kann, sondern höchstens nur die relative unter den Kindern. Aber auch bei dieser ist die Unterscheidung noch sehr problematisch. Man kann ebensogut sagen: der Familienvater, der für Einen Sohn reichlich oder wenigstens ausreichend gesorgt hat, wird bei den übrigen denken, dass er ihnen doch nicht so viel als nöthig hinterlassen könne, und wird sie daher auf den reichlich bedachten Bruder und anderweitige Erwerbszweige des Lebens anweisen. Die Erfahrung zeigt wenigstens bei uns, dass bei allen untheilbaren Gütern die Loose und Abfindungen der nicht eintretenden Geschwister ziemlich karg bleiben, dass dagegen umgekehrt bei getheilten Successionen mancher Familienvater sich redlich abmüht, seinen Kindern wenigstens einen möglichst guten Anhalt zu ihrem Fortkommen zu ersparen. Eigentlich statistisch ist das freilich nicht zu entscheiden.

5. Die Testirfreiheit des Vaters nimmt den Kindern die

Sicherheit, dass sie einen Erbtheil von ihm bekommen, und nöthigt sie dadurch zum Fleisse und eigenen Erwerbe, während sie beim Pflichttheilssysteme in sicherer Aussicht auf die Erbschaft sich der Trägheit ergeben.

Dieser Grund ist namentlich von Courcelle geltend gemacht. Er passt aber nur für reiche Familien. Denn da die Sicherheit nicht über den Pflichttheil hinausgeht, so gehört schon ein ziemlich grosses Vermögen dazu, wenn namentlich bei mehreren Kindern der einzelne durch die Hoffnung auf die Erbschaft glauben sollte, der Nothwendigkeit des eigenen Erwerbes überhoben zu sein. Dass aber dieser Grund in den reichen Familien Englands allerdings von Einfluss ist, und die nachgeborenen Söhne wirklich antreibt, sich durch eigene Thätigkeit eine Stellung im Leben zu erringen, ist zwar eine unzweifelhafte und bekannte Thatsache. Indessen kann man daraus bei uns für die gewöhnlichen Verhältnisse der mittleren und niederen Stände keine grossen Folgen ableiten, da hier die Erbtheile und gar die Pflichttheile nie die eigene Thätigkeit entbehrlich machen, sondern höchstens eine mässige Unterstützung oder Annehmlichkeit gewähren.

6. Endlich ist auch noch die grosse Zahl der Prozesse geltend gemacht, die durch die Erbtheilungen und die Pflichttheile veranlasst würden, und denen durch Testamente mit voller Testirfreiheit vorgebeugt werden könne und würde. Dieser Grund ist indessen sehr bedenklich, da Testamente erfahrungsmässig ein ganz besonders ergiebiges Feld für Prozesse bilden, und bei voller Testirfreiheit, wo in die widerstrebenden Interessen noch viel tiefer eingeschnitten wird, die Versuche der Anfechtung ganz gewiss nicht geringer sein werden.

Uebersieht man nun die ganze Reihe der sog. idealen Gründe für die Testirfreiheit, so ergiebt sich, dass sie sämmtlich von sehr zweifelhafter Bedeutung sind. Sie gewähren gewisse Vortheile, aber unsicher und so, dass denselben

meistens eben so grosse Gefahren gegenüberstehen und sie aufwiegen. Das Resultat für die legislative Frage ist demnach:

1. dass die Testirfreiheit vom Standpunkte der besprochenen ideellen Gründe aus nicht so überwiegende Vortheile bietet, dass von diesem Standpunkte aus ihre Einführung da, wo sie nicht besteht, im Widerspruche mit der Anschauung und Gewohnheit des Volkes zu empfehlen wäre, dass indessen:

2. auch die Nachtheile nicht der Art sind, dass, wenn die Annahme der Testirfreiheit aus den oben besprochenen realen Gründen wünschenswerth erscheinen sollte, dieses jener idealen Gründe wegen zu verwerfen sein würde.

Bei der ganzen bisherigen Betrachtung ist immer nur von Vater und Kindern die Rede gewesen, dass indessen alles eben so auch einerseits von der Mutter und überhaupt den Ascendenten und anderseits von den Enkeln und überhaupt den Descendenten zu verstehen ist, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

Eine ganz andere Frage ist dagegen, ob umgekehrt ev. auch für die Ascendenten, und weiter noch für die Geschwister und den Ehegatten eine Pflichttheilsberechtigung begründet erscheine?

Hier geben nun:

1. für die Geschwister alle die besprochenen Verhältnisse, die realen wie die idealen, nicht den mindesten Anhalt für einen Pflichttheil. Ganz werthlos und unpassend ist aber das beschränkte Recht, was das römische Recht den Geschwistern giebt. Wenn es daher bereits in mehreren Ländern Deutschlands ohne allen Widerspruch aufgehoben ist, so kann seine volle Beseitigung gar keinem Bedenken unterliegen.

2. Das Pflichttheilsrecht der Ascendenten ist zwar in allen Rechten Deutschlands, so wie auch im französischen Rechte, bis jetzt festgehalten, allein seine innere Begründung ist doch sehr zweifelhaft. Sie beruht eigentlich nur auf einem gewissen Mitleiden mit dem Alter, dem man durch

die Pietätspflicht der Kinder, durch das Princip der Gegenseitigkeit der Rechte und durch eine Folgerung vom Intestat-Erbrechte eine gewisse juristische Grundlage zu geben versucht. Allein:

a) die Pietätspflicht kann an sich juristisch nur eine Alimentationspflicht begründen. Diese würde allerdings wie bei Lebzeiten so auch beim Tode anerkannt werden müssen und insoweit ein Pflichttheilsrecht der Aeltern begründen. Eine weitergehende rechtliche Pflicht lässt sich daraus allein keinenfalls ableiten. Aber auch:

b) das Princip der Gegenseitigkeit der Rechte genügt dazu nicht. Dieses Princip ist überhaupt kein absolutes, sondern nur ein relatives für gleichartige Verhältnisse. Nun stehen aber Erzeugen und Erzeugtsein, und also Erzeuger und Erzeugter, so diametral einander entgegen, dass in keiner Weise eine Consequenz vom einem auf den andern gezogen werden kann. Die Kinder sind, wie oben besprochen, eine neue Existenz der Aeltern, diese vollenden in ihrer Erziehung ihre Erzeugung, machen ihnen ihre selbstständige Existenz im Leben möglich, und suchen in ihnen eine Art eigener Fortexistenz nach ihrem Tode. Von alle dem ist bei den Aeltern keine Rede. Alle die Gründe, die bei den Kindern für den Pflichttheil sprechen, aber selbst hier zweifelhaft sind, fallen bei den Aeltern weg. Hier tritt abgesehen von der Alimentation nur das Verhältniss der Dankbarkeit und der Pietät an die Stelle. Diese genügen aber nicht, um eine Rechtspflicht, und eine so tief greifende wie die Pflichttheilspflicht, zu begründen. Zudem sprechen die oben behandelten Verhältnisse des Lebens direct dagegen. Dass Landwirthschaften so wie industrielle und commercielle Geschäfte vom Sohne auf die alternden Aeltern zurückfallen, die zur Fortführung meistens nicht mehr fähig sind, anstatt dass sie kräftigen und tauglichen Geschwistern oder Freunden zugewendet werden, hat keinen Sinn. Ebensowenig aber, dass die ungetheilte Zuwendung durch Pflichttheile der Aeltern

unmöglich gemacht wird. Wer die Verpflegung seiner Aeltern und die Sorglosigkeit ihres Alters durch Aussetzung (reichlicher) Alimentation gesichert hat, hat juristisch genug gethan, das übrige muss seinem sittlichen Gefühle seinen Lebensverhältnissen gemäss überlassen bleiben.

c) Die Beziehung auf das Intestaterbrecht ist ganz unzureichend. Denn die Aeltern erben jedenfalls erst nach den Kindern. Wollte man daher auch einen Schluss von gleichem Intestaterbrecht auf gleiches Notherbrecht zulassen, was aber weder an sich noch im römischen Rechte der Fall ist, so würde er hier keinenfalls anwendbar sein.

3. Anders ist es bei den Ehegatten. Wenn hier fast in ganz Deutschland allmählig ein Pflichttheilsrecht, wenn auch nicht in der römischen Weise, ausgebildet ist, obgleich das römische Recht es nicht oder wenigstens nur in sehr beschränkter Weise hat, so ist das ein deutlicher Beweis für die schon oben hervorgehobene Innigkeit der deutschen Auffassung von der Ehe, und dass den Ehegatten nach deutscher Anschauung jedenfalls nicht weniger als den Kindern ein Pflichttheil gebührt. Bei voller Aufhebung des Pflichttheils der Kinder müsste man ihn zwar auch für die Ehegatten fallen lassen oder wenigstens auf die Alimentation beschränken. Wenn man aber den Kindern im Verhältnisse zu Fremden einen Pflichttheil zuweist, so wird man ihn auch den Ehegatten nicht nehmen dürfen, und wenn man das Recht der Kinder grade nur, wie oben S. 199—200 besprochen ist, zu Gunsten des Ehegatten zurücksetzt, so versteht sich, dass die Zuwendung an den Ehegatten nicht weniger betragen dürfte, als die Pflichttheile der Kinder und des Ehegatten zusammengenommen.

Doch erscheint bei den Ehegatten stets die Beschränkung ihres Pflichttheils auf einen Niessbrauch zweckmässig, wie sie ja schon vielfach statutarisch besteht, d. h. aber nicht eine Beschränkung auf den Niessbrauch eines Pflichttheiles, sondern auf den Niessbrauch entweder des ganzen Vermögens

oder wenigstens ihres eigentlichen Intestaterbtheiles. Es handelt sich bei ihnen nicht sowohl um Zuwendung von Eigenthum und Kapital, was ja nach ihrem Tode, wenn keine Kinder da sind, an die Seitenverwandten des Gatten fallen würde, sondern nur darum, dass der Gatte das bisherige Leben auch bis zu seinem Tode, so weit möglich ohne Einschränkungen fortsetzen könne.

B. Wie weit soll die Testirfreiheit durch das Pflichttheilsrecht beschränkt werden?

[Diese zweite Frage kommt natürlich nur event. in Betracht, falls die absolute Testirfreiheit verworfen wird. Nimmt man dann wenigstens die relative Testirfreiheit an, so existirt zwar, sofern sich ein Testament auf Verfügungen für die Kinder beschränkt, auch noch kein Pflichttheilsrecht, wohl aber, so bald es sich um Einsetzungen oder sonstige Zuwendungen an Fremde handelt. Kinder sollen den Fremden vorgehen und es steht daher mit dem Principe der relativen Testirfreiheit gar nicht im Widerspruche, wenn man hier die Testirfreiheit den Fremden gegenüber noch weiter durch Pflichttheile beschränkt, als es im bisherigen Rechte geschehen ist. Verwirft man die relative Testirfreiheit gleichfalls, so haben dann die Bestimmungen, die hier über den Pflichttheil gegeben werden, von selbst eine ganz allgemeine Bedeutung, und sind auch auf das Verhältniss der Kinder unter einander anzuwenden.] *

Die Frage, wie weit die Beschränkung der Testirfreiheit durch Pflichttheile gehen solle, kann in verschiedenem Umfange genommen werden. Sie kann bezogen werden:

1. auf die Personen, denen ein Pflichttheil hinterlassen werden soll,

2. auf das Maass oder die Grösse des Pflichttheils,

3. auf die Art und Form der Hinterlassung,

4. auf die Gründe, durch welche die Beschränkung aufgehoben werden kann.

Der erste Punkt, der in Betreff der Personen, ist aber bereits bei der ersten Frage erörtert, so dass hier nur die drei anderen übrig bleiben. Dabei wird aber, da dort das ganze Pflichttheilsrecht auf die Descendenten und Ehegatten beschränkt ist, nur der Pflichttheil von diesen und zwar besonders den ersteren berücksichtigt werden.

1. Die Grösse des Pflichttheils.

Unter der Grösse des Pflichttheils versteht man nach römischem Rechte die Quote der Intestatportion des einzelnen Notherben, die ihm hinterlassen werden muss. Auf die französische Réserve passt dieses nicht genau. Sie ist zwar ihrer Natur nach auch Pflichttheil, allein sie ist im Code bezeichnet als die Quote der Erbschaft, über die der Erblasser nicht testiren darf. Indessen macht dieses in der Hauptfrage keinen Unterschied. Ueber etwas nicht verfügen dürfen und es hinterlassen müssen, kommt im Resultate auf eins heraus; und da die reservirte Quote sich nach der Zahl der Notherben richtet und unter sie vertheilt wird, so bildet sie von selber doch für jeden eine Quote seiner Intestatportion. Der Unterschied zwischen Réserve und Pflichttheil wird daher hier noch ausser Acht gelassen und erst unten bei Nr. 2 berücksichtigt werden.

Bei der Bestimmung der Grösse des Pflichttheils ist die Hauptfrage, ob die Quote eine feste für alle Fälle sein soll, oder ob sie nach der Zahl der Notherben und der Grösse ihrer Intestatportion wechseln soll. Das römische Recht hat das letztere Princip, und das preussische und französische sind ihm darin gefolgt, das österreichische Gesetzbuch hat das erstere Princip und ihm ist der italienische Codice gefolgt. Nach römischem Rechte beträgt der Pflichttheil:

bei 1—4 Kindern $^1/_3$ ihrer Intestatportion,
bei 5 und mehr Kindern $^1/_2$:

nach preussischem Rechte:

bei 1—2 Kindern $^1/_3$,

bei 3—4 Kindern $1/2$,
bei 5 und mehr Kindern $2/3$;

nach französischem Rechte:

bei 1 Kinde $1/2$,
bei 2 Kindern $2/3$,
bei 3 oder mehr $3/4$.

Das österreichische und italienische Gesetzbuch setzen ohne Unterschied der Zahl der Kinder die Quote auf $1/2$.

Die erste Frage ist hier, ob das Princip richtig ist, dass je kleiner die Intestatportion um so grösser die Quote davon sein muss? Es scheint zunächst eine natürliche Consequenz zu sein, dass wenn der Vater die Pflicht hat, seinen Kindern eine Quote ihres Erbtheiles zu geben, sie also ein Recht auf eine Quote ihres Erbtheiles haben, dieses für alle gleich sein muss, also einfach jeder die gleiche Quote seines Erbtheiles verlangen kann, folglich im Resultate für jeden die Summe um so kleiner wird, je kleiner sein Erbtheil ist. Es scheint widersinnig, dass z. B. bei einer Erbschaft von 24,000 Thlr. nach römischem Rechte der Pflichttheil bei 4 Kindern 2000 Thlr. beträgt, bei 5 dagegen 2400, bei 6 wieder 2000; nach preussischem bei 3 Kindern 4000, bei 4 Kindern 3000, bei 5 dagegen 3200 Thlr. Dies ist unzweifelhaft richtig, allein es beruht nur auf der unvollkommenen Durchführung des Princips im römischen und preussischen Rechte, das Princip selber wird dadurch nicht getroffen; diesem muss man vielmehr unbedingt den Vorzug geben vor der abstracten Gleichheit. Es handelt sich hier nicht um ein einfaches Rechenexempel, danach wäre die österreichische Lösung allerdings einfacher [50]). Es kommt hier vielmehr auf eine gerechte Würdigung der concreten Lebensverhältnisse an, die das ganze Pflichttheilsrecht hervorrufen, und da muss man un-

---

[50]) Ich habe sie darum früher selber vertheidigt in v. Holtzendorff's Encyclopädie. S. 462 (3. Aufl.). Dem Vernehmen nach soll sie auch in der Commission für das deutsche Gesetzbuch vorläufig angenommen sein.

zweifelhaft sagen, dass je mehr Kinder Jemand zeugt, um so schwerer ihn auch die Last derselben und die Pflicht gegen sie treffen muss. Wer nur Ein Kind hat, kann sich im Leben freier hewegen, als wer zwölf hat, er kann sich noch mancherlei unnöthige Genüsse erlauben, weil sein Vermögen doch noch zur Ernährung und Erziehung des Kindes ausreicht. Hat er bei demselben Vermögen 6 oder gar 12 Kinder, so muss er auf viele jener Genüsse verzichten, um den Pflichten gegen seine Kinder vielleicht auch nur nothdürftig nachkommen zu können. Er kann nicht einfach sagen, die Hälfte meines Vermögens brauche ich für mich, die andere Hälfte verwende ich für meine Kinder. Das geht vielleicht bei Einem Kinde, aber nicht bei 12: denn die Bedürfnisse der Kinder werden nicht kleiner für jedes mit der grösseren Zahl, sondern bleiben für jedes gleich, abgesehen etwa von geringen Erleichterungen durch die Kinder selber. Die Pflicht wird bei Lebzeiten mit der wachsenden Zahl der Kinder, wie jeder weiss, immer schwerer, die Quote des Vermögens, die man auf sie verwenden muss, immer grösser. Bei 1200 Thlr. Einkommen z. B. hat man bei Einem Kinde wohl noch 800 Thlr. für sich frei, bei 12 Kindern aber wird man sicher nicht 600 Thlr. sondern kaum noch 1—200 Thlr. für sich frei halten können; während also bei Einem Kinde $^1/_3$ seines Erbtheils zu seiner Erhaltung und Erziehung gut ausreichte, würden bei 12 nicht etwa $^1/_2$, sondern kaum $^{11}/_{12}$ des Erbtheils ausreichen.

Sollte dies nun beim Tode auf einmal anders werden? Der ganze Pflichttheil hat doch in der Alimentationspflicht seine letzte Grundlage. Muss nun hier nicht dasselbe Princip angewendet werden? Muss man nicht, wenn man überhaupt ein Pflichttheilsrecht annimmt, sagen: Je mehr Kinder Jemand zeugt, um so mehr begiebt er sich des Rechts, frei über sein Vermögen zu testiren, um so mehr wird er seinen Kindern zu hinterlassen verpflichtet. Es ist geradezu ein Hohn gegen das sittliche Princip des Pflichttheils, zu sagen, man könne so

viel Kinder zeugen wie man wolle, nie brauche man ihnen mehr zu hinterlassen als die Hälfte des Vermögens; und wenn die Theile so klein würden, dass die Kinder dabei verhungern müssten, so könne man die andere Hälfte doch frei an Fremde vergeben. Soll, wer 12 eheliche Kinder hat, diesen die eine Hälfte seines Vermögens, und dagegen einer Maitresse oder ihrem Kinde, oder auch einer frommen Stiftung, die andere geben dürfen?

Die abstracte Gleichheit der Quote ist demnach absolut zu verwerfen. Aber wie soll die Verschiedenheit der Quote normirt werden? Das Princip ist klar. Die Grösse der Quote muss im umgekehrten Verhältnisse zur Grösse der Erbtheile stehen. Aber alle bisherigen Versuche der näheren Bestimmung sind misslungen. Sie haben zwei Fehler:

1. zunächst dass sie die Quote nicht mit jedem Kinde steigen lassen, sondern Sprünge machen, das römische Recht von 1—4 zu 5 und mehr, das preussische von 1—2 zu 3—4 und 5 und mehr. Dadurch entstehen nothwendig die oben gerügten Inconsequenzen in den Resultaten. Richtiger schreitet das französische Recht bei 1, 2, 3 Kindern vor mit den Quoten $1/2$, $2/3$, $3/4$. Indessen trifft dieser Fehler nur die Ausführung des Princips und wäre leichter zu ertragen. Geradezu im Principe falsch aber ist:

2. dass das römische und preussische Recht bei 5 Kindern, und das französische gar schon bei 3, mit der Steigerung der Quote aufhören, während dazu im Principe gar kein Grund liegt, und die Steigerung der Quote gerade mit der wachsenden Kinderzahl und der Verkleinerung der Erbtheile immer wichtiger, ja bei mittleren Vermögensverhältnissen überhaupt erst recht nöthig wird. Je mehr Kinder man hat, um so weniger Freiheit der Verfügung behält man, ja man könnte sagen, bei sehr vielen Kindern dürfe man eigentlich gar nicht oder wenigstens fast gar nicht mehr zu Gunsten Fremder testiren. Das einzig richtige Princip ist daher, wenn man bei Einem Kinde mit der Hälfte anfangend bei jedem weiteren Kinde

ein Kindestheil zulegt, also das Princip einfach allgemein dahin bestimmt:

Man darf stets nur über ein Kindestheil frei testiren, also bei 1 Kinde über $^1/_2$, bei 2 über $^1/_3$, bei 3 über $^1/_4$, bei 4 über $^1/_5$ u. s. w. Dann allein ist der Fortschritt ein gleichmässiger und es kommt das ebenso consequente als natürliche und billige Resultat heraus, dass man bei 12 Kindern nur über $^1/_{13}$ und bei 20 nur über $^1/_{21}$ testiren kann.

Dass die Testirfreiheit dadurch auf ein Minimum reducirt wird, ist also kein Gegengrund, sondern im Gegentheil der Hauptbeweis für die Richtigkeit des Princips. Wer viele Kinder hat, soll eben in der Regel gar nicht daran denken, sein Vermögen fremden Personen zuzuwenden, sondern soll höchstens, wenn besondere Gründe sind, kleinere Zuwendungen an andere machen dürfen. Das französische Recht wäre eigentlich auf dem Wege gewesen, das Princip richtig zu erfassen. Bei den 3 ersten Kindern nimmt es in den Quoten $^1/_2$, $^1/_3$, $^1/_4$ der Sache nach das Princip des Kindestheiles an, es kam nur zu keiner Klarheit über dasselbe.

* [Man hat mir eingewendet, das Princip sei nur für kleinere Vermögen passend, bei grösseren enthalte es eine zu grosse und unzweckmässige Beschränkung. Wenn z. B. Jemand eine Million im Vermögen habe und 5 Kinder, so sei es genug, wenn er ihnen die Hälfte, also jedem 100,000, überlasse, und er dürfe wohl mit der andern Hälfte, also 500,000, eine grossartige gemeinnützige Stiftung machen, während er nach dem obigen Principe nur $^1/_6$, also 166,666$^2/_3$, dazu frei habe. Das ist wohl richtig, allein schon bei 10 Kindern wird der Pflichtheil zu $^1/_2$, auf 50,000, reducirt. Zwar ist das an sich auch immer noch ein hübscher Erbtheil, aber für die Kinder des Millionärs, die demgemäss erzogen sind, doch schon eine bedenklich kleine Summe. Je grösser das Vermögen desto grösser die Ansprüche. Das französische Recht, was schon von 3 Kindern an $^3/_4$ zum Pflichttheile bestimmt, würde im obigen Falle bei 5 Kindern jedem 150,000

geben und für die Stiftung nur 250,000 lassen, bei 10 Kindern jedem Kinde 75,000, während für die Stiftung die 250,000 blieben. Nach dem obigen Principe würden Kinder und Stiftung gleich viel bekommen, also bei 5 Kindern $^1/_6$, also 166,666$^2/_3$, bei 10 Kindern $^1/_{11}$ also 90,909$^1/_{11}$.

Allerdings wird hier die für die Stiftung disponible halbe Million sehr reducirt. Allein der Testirer könnte sie ja auch zu andern weniger löblichen Zwecken verwenden und jedenfalls dürfen die Millionäre und die grossartigen Stiftungen nicht den Maassstab für die Gesetze geben. Schon die Griechen sagten: *τὸ γὰρ ἄπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.* Millionäre giebt es wenig und nimmt man kleinere Vermögen, so ist der Pflichttheil von 100,000 zu $^1/_2$ bei 5 Kindern nur 10,000, bei 10 Kindern 5000, während in beiden Fällen 50,000 dem Testirer frei bleiben; von 10,000 bei 5 Kindern nur 1000 und bei 10 Kindern nur 500, während 5000 frei bleiben. Eine Gränze nach dem Vermögen lässt sich aber nicht machen und die Gränze nach der Kinderzahl muss der Zahl entsprechen, folglich mit jedem Kinde wachsen. Demnach wird man, wenn man die Idee des Pflichttheils überhaupt festhalten will, mehr Gewicht auf seine Vergrösserung bei kleinen Vermögen als auf seine Verkleinerung bei grossen Vermögen legen müssen und sich daher durch Möglichkeiten der obigen Art nicht irre machen lassen dürfen.]

2. Rechtliche Natur des Pflichttheils.

Das römische Recht nimmt an, dass die Kinder ein formelles Recht auf die Ehre der Erbeinsetzung haben, dass, wenn ihnen diese nicht gewährt ist, das Testament nichtig ist, Intestatsuccession eintritt und die Kinder nicht blos ihren Pflichttheil, sondern ihre ganze Intestatportion bekommen, wenn sie aber eingesetzt sind und nur den Pflichttheil nicht vollständig bekommen haben, sie nur eine Klage auf Ergänzung desselben haben.

Dass von diesem Standpunkte bei uns legislativ nicht mehr die Rede sein kann, ist wohl ausser Zweifel und bereits von mehreren Seiten so überzeugend nachgewiesen, dass hier nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht. Wir sehen heutzutage im Notherbrechte rechtlich nur eine Vermögensangelegenheit, nicht eine Ehrensache. Die Ehre der Erbeinsetzung hat für uns keine Bedeutung. Der Notherbe hat einfach ein Recht auf seinen Pflichttheil. Dies darf ihm in keiner Weise verkürzt werden, aber dass er darum, weil der Erblasser eine Verkürzung versucht hat, zur Strafe desselben mehr als seinen Pflichttheil bekommen müsste, hat für uns keinen Sinn. Alle neueren Gesetzbücher haben daher das Recht der Notherben einfach auf die Erlangung des Pflichttheiles beschränkt.

Dagegen ist im modernen Rechte eine grosse Frage, ob der Pflichtheil formell als ein Theil der Erbschaft als solcher, d. h. der universalen Erbsuccession, anzusehen ist, also ein Recht auf einen entsprechenden Theil an den einzelnen Sachen selber giebt, zugleich aber auch eine entsprechende Haftung für die Schulden begründet, sowie ein Recht auf Theilungsklage, Erbschaftsklage etc., oder ob er nur ein Recht auf den pecuniären Betrag der Pflichtquote ist, der nur mit einer Obligationsklage, der römischen actio suppletoria gleich, von den wirklichen Erben eingefordert werden kann, ob er also mit einem Worte einen Erbschafts-Theil oder eine Erbschafts-Schuld bildet.

Das französische Recht mit seiner Beschränkung des ganzen Testaments auf die portion disponible sieht die übrig bleibende réserve natürlich wesentlich als Erbschafts-Theil an, das österreichische Recht erklärt den Pflichttheil dagegen entschieden nur für eine Erbschafts-Schuld[51]), im preussischen Rechte ist die Frage bis auf den heutigen Tag streitig[52]),

---

[51]) Unger, österr. Erbr. § 85. n. 2.
[52]) Förster, preuss. Privatr. § 248.

das sächsische Gesetzbuch § 2589 nimmt wieder Erbschaftstheil an [53]).

Legislativ wird man sich für die Annahme einer Schuld erklären müssen. Zwar scheint der Begriff der Quote des Erbtheiles von selber auf den Erbschafts-Theil hinzuführen, allein wenn die Erbschaft bei uns nur als eine Vermögensmasse angesehen wird, das Erbesein als solches keinen Werth hat, darum dem Notherben der Pflichttheil stets auch in einer Geldsumme zugewiesen werden kann, ohne dass er das Recht hätte, sich darüber zu beschweren und einen materiellen Theil der Erbschaft zu verlangen, so folgt daraus, dass das Recht des Pflichttheils eben auch nur ein Recht auf eine Quote von dem Gesammtbetrags-Werthe der Erbschaft ist. Wollte man einwenden, der Notherbe könne doch ein Interesse haben, nicht bloss Geld, sondern auch bestimmte Sachen aus der Erbschaft zu verlangen, so ist nicht abzusehen, warum er dieses grade nur bei vollständiger, nicht aber bei unvollständiger Entziehung des Pflichttheiles haben sollte, abgesehen davon, dass die Erbtheilung eventuell doch immer durch Verkauf der Sachen und Theilung des Gelderlöses geschehen muss.

Man würde gradezu wieder eine Unterscheidung von formellem und materiellem Notherbrechte einführen, wenn man bestimmen wollte [54]):

> wem gar nichts hinterlassen ist, der wird Erbe;
> wem zu wenig hinterlassen ist, der kann nur auf Ergänzung in Gelde klagen;
> wem der ganze Pflichttheil hinterlassen ist, der muss damit zufrieden sein, worin er ihm auch gegeben sein mag.

Im ersten Falle wäre formelles Notherbrecht, in den beiden andern materielles, im ersten partielle Rescission des Testamentes und der Erbeinsetzungen, im zweiten nur actio

[53]) Ebenso F. Mommsen in seinem Entwurfe § 499.

[54]) Wie der Sache nach Mommsen, Entw. § 499. 503. 504.

suppletoria, im dritten gar nichts. Und welche Zufälligkeiten würden darüber entscheiden! Dem Notherben ist ein Pferd vermacht; je nachdem es beim Tode des Erblassers todt wäre oder sein Werth auf 5 Thlr. gesunken wäre, würde das formelle oder das materielle Notherbrecht eintreten! Oder soll der Inhalt des Testaments entscheiden, wie im römischen Rechte, wo Justinian die actio suppletoria nur für die Notherben einführt, „quarum mentionem testantes fecerint et aliquam eis quantitatem reliquerint“ [55]), dagegen für die, die gar nicht erwähnt sind, die querela inofficiosi lässt? Aber das wäre dann wieder der Standpunkt der Strafe! Der Erblasser wollte gar nichts geben: zur Strafe dafür bekommt der Erbe wirkliches formelles Erbrecht, und die eingesetzten Erben müssen zu seinem Theile weichen; er wollte zu wenig geben: nun tritt blosse materielle Ergänzung ein, die Erben bleiben und haben nur die Erbschaftsschuld des Pflichttheiles abzutragen.

Offenbar muss man bei uns sagen: wenn die formelle Erbeinsetzung nicht mehr nöthig ist, und der Testirer den Pflichttheil auch in Gelde zuweisen kann, so geht seine Pflicht bei uns eben auch nicht mehr weiter, als auf diesen Geldbetrag; dann kann aber die Nichterfüllung auch keine andere Folge mehr haben als eine Klage auf die Erfüllung, also auf Zahlung dieses Geldbetrages, nicht aber mehr eine partielle Rescission der Erbeinsetzung begründen, die er ja nun mit vollem Rechte gemacht hatte. Die Pflicht auf die Zuwendung des Pflichttheils erscheint daher nun als eine Pflicht oder Schuld der Erbschaft, die in Gelde zu berechnen und zu erfüllen ist, und auf die der Berechtigte stets nur eine einfache Obligationsklage hat, ohne Unterschied, ob ihm gar nichts oder nur zu wenig gegeben ist. Wirklicher Erbe wird er nur noch, wenn ihn der Testirer dazu eingesetzt hat, auch dann aber kann er, wenn die Einsetzung zu gering ist, die

[55]) L. 30 D. de inoff. test.

Ergänzung wieder nur in Gelde durch Schuldklage von den andern Erben fordern, nicht aber eine Aenderung der Erbportionen selber verlangen.

3. Enterbung.

Hier ist zunächst das Verhältniss der Enterbung zur Indignität festzustellen. Beide Begriffe stehen im römischen Rechte und in unseren Lehrbüchern ausser allem Connexe mit einander, praktisch treten sie indessen einander sehr nahe. Beide sind Ausschliessung von der Erbschaft, die eine durch Bestimmung des Erblassers, die andere durch Bestimmung des Gesetzes. Die Gründe sind aber bei beiden zum Theil dieselben, z. B. im römischen Rechte Lebensnachstellungen, falsche Denunciationen, Verhinderung am Testiren, Vernachlässigung im Wahnsinn oder der Kriegsgefangenschaft. Doch ist der oft nicht beachtete Unterschied, dass die Unwürdigkeit auch durch Verzeihung vom Erblasser nicht aufgehoben wird, also auch wider den Willen des Erblassers wirkt, während die Enterbung natürlich nicht ohne seinen Willen geschehen kann. Es kann das die wunderliche Folge haben, dass die Unterlassung, ja selbst die Rücknahme einer Enterbung dem betreffenden nichts hilft, weil ihm die Erbschaft dann doch wegen Unwürdigkeit genommen werden kann. Dies ist natürlich sinnlos und daher ist im preussischen, österreichischen und sächsischen Gesetzbuche die Aufhebung der Unwürdigkeit durch Verzeihung zugelassen. Es ist das um so nothwendiger, weil die Erbunfähigkeit wegen Unwürdigkeit in den neueren Gesetzbüchern keine öffentliche Criminalstrafe mehr sein soll, wie im römischen Rechte, sondern nur aus Rücksicht auf den Erblasser und in seinem Interesse angeordnet ist. Daraus erklärt es sich z. B., dass die Lebensnachstellungen im österreichischen Gesetzbuche als Unwürdigkeitsgrund aber nicht als Enterbungsgrund aufgeführt sind, im preussischen grade umgekehrt.

Das französische Recht hat hier einen anderen Stand-

punkt. Es lässt eine Enterbung von der réserve gar nicht zu, weil ja die ganze testamentarische Disposition sich überhaupt nur auf die portion disponible erstreckt, und die réserve unabhängig davon nur ex lege deferirt wird. Dagegen hat es den Begriff der indignité gleichfalls aufgenommen und natürlich ist diese auch für die réserve wirksam. Zu den Gründen derselben gehören aber auch Lebensnachstellungen und falsche Denunciationen, die bei uns als Enterbungsgründe gelten. Die indignité wird dabei, wie im römischen Rechte, durch Verzeihung nicht aufgehoben, und somit hat man im Resultate eigentlich eine Enterbung durch das Gesetz selbst wider den Willen des Erblassers. Dies ist sicher nicht empfehlenswerth, und wird durch die Idee, dass die réserve festes Familiengut sei, nicht gerechtfertigt. Das war sie im alten Rechte, im neuen ist sie mit der légitime verbunden und im Grunde nichts als ein Pflichttheil. Mit Recht hat man daher in Frankreich schon mehrfach ein Enterbungsrecht gefordert. Wenn Boissonade [56]) sich dagegen erklärt, weil man keine weitere Enterbungsgründe brauche und „la colère et le ressentiment" der Väter keine Begünstigung verdiene, so übersieht er ganz, dass die Enterbung milder ist als die indignité.

Jedenfalls wird man für Deutschland das Enterbungsprincip festhalten müssen. Natürlich würde es, wenn man absolute Testirfreiheit annähme, von selber wegfallen. Bei relativer Freiheit dagegen würde seine Bedeutung zwar sehr beschränkt werden, doch würde bei der Einsetzung fremder Personen immer noch ein gewisser Anwendungskreis übrig bleiben.

Geht man demgemäss auf die Frage von den Enterbungsgründen ein, so ist die erste nähere Frage die, ob das Gesetz einzelne specielle Gründe aufstellen soll, oder ob es nicht vorzuziehen sei, nur zu verlangen, dass der Erblasser seinen

---

[56]) La réserve p. 555—7.

Grund zu der Enterbung genau angebe, aber der Richter mit seinem Ermessen den Lebensverhältnissen gemäss zu entscheiden habe, ob dieser Grund als ein gerechter und genügender anzusehen sei. Die Abgrenzung der Enterbungsgründe ist nämlich eigentlich keine Sache der Rechtswissenschaft, sondern der im Volke lebenden sittlichen Ansichten, Sitten und Anschauungen, und eine specielle gesetzliche Bestimmung einzelner Fälle läuft stets Gefahr, entweder zu viel oder zu wenig Gründe aufzunehmen und bei den einzelnen durch die Wortfassung Anlass zu fast unlösbaren Streitfragen zu geben. Man braucht nur die 13 Justinianischen Gründe durchzugehen und mit denen der neueren Gesetzbücher zu vergleichen, um zu sehen, wie sehr hier das meiste von der Volkssitte abhängt und wie schwer es ist, die einzelnen scharf abzugrenzen. Ein sehr freies richterliches Ermessen ist hier eigentlich ganz unerlässlich und doch führt die gesetzliche Aufstellung einzelner bestimmter Gründe fast von selber zu einer strengen Beschränkung auf den Wortlaut der einzelnen Bestimmungen.

Schon im Grundprincipe entsteht die Frage: sollen nur eigentliche Vergehen oder Verbrechen gegen den Erblasser die Enterbung begründen, oder auch das sonstige Leben des Kindes? Das neueste Gesetzbuch, das sächsische, lässt nur das erstere zu; allein sollte es nicht dem Gefühle und den Lebensanschauungen des Volkes entsprechen, auch grobe entehrende Verbrechen, vollständige Sittenlosigkeit und Liederlichkeit, dieses namentlich bei Töchtern, als Enterbungsgrund gelten zu lassen? Muss der Vater dem Sohn im Zuchthause, der Tochter im Hurenhause, die sein ehrenhaftes Haupt mit Schimpf und Schande bedecken, den Pflichttheil geben, während er weiss, dass sie ihn, sobald sie können, auf die liederlichste und unverantwortlichste Weise vergeuden werden? Wenn das österreichische Gesetzbuch „anstössige Lebensart gegen die öffentliche Sittlichkeit“, das preussische „Entehrung durch grobe Laster, schändliche Aufführung, niederträchtige

Lebensart“ für Enterbungsgründe erklären, so ist das freilich keine glückliche legislative Fassung, aber ist der Gedanke an sich nicht doch richtig und den Anschauungen unseres Volkes vollständig entsprechend? Wenn dagegen das sächsische Gesetzbuch alles dieses weglässt, aber die Ehe der Kinder ohne Einwilligung der Aeltern für einen Enterbungsgrund erklärt, ist das ein richtiger Standpunkt? Eine anständige Ehe aus Liebe, aber wider den Willen der Aeltern, soll bestraft werden, und die Hurerei wider ihren Willen soll frei sein! Ist das nicht eigentlich scandalös?

Das richtigste wäre eigentlich, ein Volksgericht von Geschworenen mit voller Freiheit entscheiden zu lassen, so wie in Rom das Gericht der Centumvirn. Da das nun aber bei uns einmal nicht geht, so wird man wenigstens nicht den Standpunkt einnehmen dürfen, die Enterbungsgründe auf ein Minimum zu beschränken, man wird vielmehr das sittenrichterliche Recht des Vaters, den unwürdigen von der Erbschaft auszuschliessen, und das Vermögen den würdigen zuzuwenden, in vollem Maasse anerkennen müssen. Es ist ein schwachmüthiger Zug unserer Zeit, dass man meint, die Enterbungsgründe möglichst verkleinern zu müssen.

Geht man danach die einzelnen Gründe durch, so hat man die beiden Kategorien zu unterscheiden:

1. Vergehen gegen den Erblasser,
2. sonstiges schimpfliches und entehrendes Leben.

Ad 1. Bei den Vergehen gegen den Erblasser sind im römischen, preussischen und sächsischen Gesetzbuche, sowie in Mommsen's Entwurfe, bestimmte einzelne Fälle aufgezählt; das österreichische dagegen vermeidet diese Casuistik und fasst alle Fälle unter dem allgemeinen Begriffe zusammen von Verletzung der Aeltern an „Ehre, Leib und Vermögen“, die ein Strafverfahren gegen den Thäter begründen[57]). Dies

---

[57]) Das Gesetzbuch stellt die Bestimmung zwar nicht zu den Enterbungsgründen, sondern zu den Unwürdigkeitsgründen, indessen ist das, da Verzeihung dabei zugelassen ist, für die vorliegende Frage gleichgültig.

geht nun zwar bedeutend weiter, ist aber sowohl in der Sache als in der Form wohl an sich richtiger, nur geht der Begriff: „dass nach den Strafgesetzen verfahren werden kann“, zu weit. Danach würden ja selbst geringe Injurien, ja selbst blosse Sachbeschädigungen die Enterbung begründen können. Man müsste jedenfalls wohl eine bestimmte Gränze nach dem Strafmasse für die betreffenden Handlungen setzen. Nach dem deutschen Reichsstrafgesetzbuche würde man die Bestimmung am passendsten vielleicht der Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen gemäss auf die ersteren beschränken, oder von den letzteren höchstens noch die schwereren, mit Gefängniss von wenigstens 3 Jahren zu bestrafenden hinzunehmen.

Alle Gesetzbücher fügen ausserdem Verlassung in Wahnsinn oder sonstigem Nothstande hinzu. Unbedenklich ist dieses letztere bei der Unbestimmtheit des Begriffes [58]) und der grossen Verschiedenheit der Verhältnisse nicht. Ganz sicher zu verwerfen ist aber wohl der weitere sächsische Grund, der Ehe wider den Willen der Aeltern. Liebe ist kein Verbrechen, sobald sie an sich erlaubt ist, wenn sie auch dem Willen der Aeltern nicht entspricht.

Ad 2. In Betreff des sonstigen Lebens der Kinder muss man schwere entehrende Verbrechen gewiss als Enterbungsgrund gelten lassen. Die Gränze ist natürlich an sich nicht bestimmt. Das österreichische Gesetzbuch nimmt als Minimum 20jährigen Kerker. Nach dem deutschen Reichsstrafgesetzbuche könnte man etwa 10- oder wenigstens 15jähriges Zuchthaus als Minimum setzen, da 15 Jahre die höchste zeitige Zuchthausstrafe ist.

Schwieriger ist die Enterbung wegen des sonstigen entehrenden Lebenswandels zu begränzen. Bei Töchtern giebt zwar eigentliche Liederlichkeit, gewerbsmässige Unzucht,

---

[58]) Mommsen Entw. § 490: „in hülfsbedürftiger Lage böslich im Stiche gelassen.“

einen ziemlich festen Anhalt. Bei Söhnen ist jedoch kein so bestimmtes ähnliches entsprechendes Verhältniss. Man kann hier, abgesehen von den Verbrechen, etwa nur ein asotisches dem Trunke ergebenes, vagabundirendes Leben für ein entehrendes und die Aeltern zur Enterbung berechtigendes bezeichnen.

Natürlich würde es aber in allen solchen Fällen sehr auf die concreten Verhältnisse, den Stand und die Lebensweise der Aeltern, und ob sie nicht selber Schuld an dem niedrigen Leben der Kinder sind, ankommen. Eine nähere Ausführung darüber und genaue Formulirungen liegen jedoch ausserhalb der Aufgabe dieser Arbeit.

So weit das Gutachten. Es folgt nun der Nachtrag über die Verhandlungen des Juristentages in Jena. Zu demselben war noch ein anderes Gutachten von Herrn Appellationsgerichts-Anwalt Meyersburg in Celle eingesendet [59]). Dieser stellt sich ganz auf den Standpunkt des englischen Rechts und befürwortet die absolute Testirfreiheit. Er stützt sich hauptsächlich auf die oben S. 193—199 besprochenen Nachtheile der durch die Pflichttheile bewirkten Theilungen der Vermögen, besonders beim Grundeigenthum, aber auch sonst; eine entgegenstehende deutsche Volksüberzeugung könne man nicht annehmen, theils weil das bestehende Recht so sehr verschieden sei, theils weil schon das alte deutsche Intestaterbrecht so wie manche neuere Gesetzgebungen die Untheilbarkeit wenigstens beim ländlichen Grundbesitze begünstigten, und die tägliche Erfahrung zeige, wie häufig die Testamente zu Verhütung von Zersplitterung des Vermögens benutzt würden.

---

[59]) Verhandlungen des vierzehnten deutschen Juristentages. B. 1. S. 50—71.

Bei den Verhandlungen selber, d. h. denen der Abtheilung für Privatrecht [60]), gab der Vorsitzende, Herr Kammerpräsident Petersen aus Strassburg i. E., zunächst einen Bericht über die beiden Gutachten, erklärte sich dann gegen die absolute Testirfreiheit, verlangte auch für die relative eine Beschränkung auf die Hälfte, schloss sich aber im übrigen dem obigen Gutachten in den Hauptpunkten an und stellte demgemäss folgende Anträge:

1. „Unbeschränkte Testirfreiheit ist in Deutschland nicht einzuführen, sondern die Beibehaltung von Pflichttheilsrechten geboten.

2. Ein Pflichttheilsrecht ist den Descendenten und dem Ehegatten des Erblassers einzuräumen. Dagegen kommt den Ascendenten des Erblassers lediglich im Falle der Bedürftigkeit ein Anspruch auf Gewährung von Unterhalt aus dem Nachlass zu.

3. Bezüglich der Höhe des Pflichttheiles sind folgende Sätze zu empfehlen:

a) Sind Descendenten vorhanden, soll der Erblasser zu Gunsten eines oder mehrerer derselben über die Hälfte des Vermögens frei verfügen können. Dagegen soll er andern Personen, so weit nicht der Pflichttheil des Ehegatten in Frage steht, nur einen Kindestheil zuwenden dürfen.

b) Dem Ehegatten sind, je nachdem Descendenten vorhanden sind oder nicht, die Nutzniessung an einer grössern oder geringeren Quote des Vermögens als Bruchtheil zuzuwenden.

4. Der Anspruch auf den Pflichttheil soll kein unbedingter sein; es sind bestimmte Enterbungsgründe aufzustellen, welche die Entziehung des Pflichttheils rechtfertigen.

5. Das Pflichttheilsrecht soll nur Anspruch auf Zuwendung einer bestimmten Geldsumme, bezw. eines bestimmten

---

[60]) Verhandlungen, B. 2. S. 59—86.

Geldwerthes, nicht aber ein Recht auf die zur Erbmasse gehörigen Gegenstände geben."

Bei der Debatte wurde von dem ersten Redner (Rechtsanwalt Beckh aus Nürnberg) auch für die Geschwister ein Pflichttheil in Anspruch genommen, weil das Vermögen, da es oft von der Familie ererbt oder mit erworben sei, auch bei der Familie bleiben müsse.

Ein zweiter Redner (Adv. Heinssen aus Hamburg) verwarf diese Rückkehr zum Systeme der Erbgüter und trat für volle Testirfreiheit ein, da ein entgegenstehendes Volksbewusstsein nicht existire, und das Verfügungsrecht beim Tode nicht beschränkter sein könne als bei Lebzeiten, nur die Alimentationspflicht gegen Kinder und Aeltern müsse auch beim Testamente festgehalten werden.

Im Gegensatze hierzu erklärte sich der dritte Redner (Rechtsanwalt Makower aus Berlin) gegen jede Aenderung des bisherigen Princips, die Berufung auf das Volksbewusstsein gebe er zwar auf, da jeder das dafür erkläre, was seine Ansicht sei; man müsse aber davon ausgehen, das Vermögen „gehöre mit der Familie", sonst habe man bei absoluter Testirfreiheit, falls nicht testirt werde, „gar keinen Berechtigten", was zum Socialismus führe, die Folge der Testirfreiheit in England, die Zusammenhaltung des Grundeigenthums in wenig Händen, sei keineswegs wünschenswerth, man solle daher das bisherige Recht im Principe beibehalten, wenn auch mit Aenderungen im einzelnen, aber keine Experimente machen.

Der Beifall, der sich für diesen Standpunkt in der Versammlung kund gab, veranlasste den ersten Redner, seinen Antrag in Betreff der Geschwister zurückzunehmen, um „nicht an der bestehenden Gesetzgebung zu rütteln", was gleichfalls mit Beifall aufgenommen wurde.

Ein vierter Redner (Adv. Seibert aus Darmstadt) erklärte sich ebenfalls gegen das „Experimentiren" im Erbrechte und beantragte, auch das Pflichttheilsrecht der Ascendenten bei-

zubehalten, da es „ein tief im Volksbewusstsein liegendes“ sei. Auch dieses wurde mit „Bravo“ aufgenommen.

Der letzte Redner (Rechtsanwalt Reuling aus Leipzig) ging noch weiter, „unsere Zeit sei recht dazu angethan, dass das, was noch an Familiensinn vorhanden sei, und was geeignet sei, die Heiligkeit des Eigenthums zu erhalten, nicht beseitigt, sondern umgekehrt gekräftigt“ werde. Er beantragte deshalb, den Ehegatten und Ascendenten auch neben dem Pflichttheile der Descendenten ein Alimentationsrecht zu geben.

Damit wurde die Debatte geschlossen. Nachdem der Vorsitzende dann seine Anträge mit nochmaliger Vertheidigung gegen die abweichenden Anträge festgehalten hatte, wurden sämmtliche Anträge zur Abstimmung gebracht. Dabei wurde der Antrag auf absolute Testirfreiheit „mit ersichtlicher Minorität“ abgelehnt, ebenso der auf Alimentation der Ascendenten neben dem Pflichttheile der Descendenten. Dagegen wurde der Antrag auf Beibehaltung des Pflichttheils der Ascendenten angenommen, dann aber die übrigen Anträge des Referenten „mit grosser Majorität“ angenommen. Zuletzt wurde noch beschlossen, sämmtliche Beschlüsse definitiv zu fassen, so dass sie der Plenarversammlung des Juristentages nur zur Kenntnissnahme, nicht zur neuen Erörterung mitgetheilt würden. Dies ist denn auch geschehen, und zwar ohne dass dort ein nach den Statuten möglicher Antrag auf neue Erörterung und Entscheidung gestellt wäre [61]).

Uebersieht man die Verhandlungen, so tritt zunächst hervor, dass die Debatten nur von Rechtsanwälten geführt sind, aber aus allen Theilen von Deutschland, Norden, Süden, Osten, Westen und Centrum [62]). Davon ist nur der Norden, Hamburg, für Anlehnung an England und die Testirfreiheit,

---

[61]) Verhandlungen, B. 2. S. 267.

[62]) Hamburg, Nürnberg, Berlin, Darmstadt, Leipzig. Durch den Vorsitzenden war aber auch der Richterstand und zugleich der Elsass mit dem französischen Rechte repräsentirt.

umgekehrt will der Süden und das Centrum nur noch grössere Beschränkung der Freiheit, der Osten und Westen wollen beim Alten bleiben und nicht „experimentiren", und dafür ist dann auch die Mehrzahl der Versammlung. Das Volksbewusstsein ist für und wider angeführt und dann wieder als unsicher und unentschieden ganz aufgegeben. Mit Recht aber hat der Vorsitzende in der Schlussrede geltend gemacht, dass wenn die grosse Mehrzahl in der Versammlung überzeugt sei, dass die Testirfreiheit gegen das Volksbewusstsein sei, dieses für ihn genug sei, um für die Ablehnung zu stimmen. Eine solche Versammlung ist selber schon ein Stück Volksbewusstsein. Wenn man auch den Abstimmungen des Juristentages bei eigentlich wissenschaftlichen Fragen oft weniger Gewicht beilegen kann, so lässt sich ihm doch (wie schon oben S. 164 hervorgehoben) grade bei solchen Fragen, deren Beantwortung nur auf einem durch praktische Erfahrung ausgebildeten juristischen Gefühle beruht, eine grosse Bedeutung nicht absprechen. Die Gegengründe, dass die einzelnen Rechte in Deutschland so verschieden seien, und dass es kein Volksbewusstsein für oder gegen Quoten von 1/2 oder 2/3 geben könne, sind bei einer Frage, bei der es nur auf die allgemeine Richtung ankommt, nicht entscheidend.

Hiernach kann die absolute Testirfreiheit praktisch für uns als beseitigt angesehen werden. Bei der relativen ist die Hauptfrage die von dem Vorsitzenden beantragte und von der Versammlung angenommene Herabsetzung auf die Hälfte, d. h. dass der Vater zu Gunsten Eines Kindes zwar nicht über das ganze, aber doch über das halbe Vermögen verfügen könne. Begründet ist der Antrag damit, dass einerseits diese Hälfte ausreiche zur Verhinderung der übermässigen Zersplitterung des Vermögens, anderseits aber doch auch eine gewisse grössere Verfügungsfreiheit für viele Fälle wünschenswerth sei. Dabei ist nicht ganz klar gesagt, ob diese Hälfte des Maximum sein soll, was ein Kind überhaupt bekommen kann, oder ob man sie ihm noch neben seinem Kindestheile

von der andern Hälfte zuwenden kann, ob man also z. B. bei 5 Kindern und einem Vermögen von 10,000 dem einen Kinde höchstens 5000 geben kann und die zweiten 5000 den vier andern lassen muss, oder ob man die 5000 dem einen Kinde noch zu seinem $1/5$ von den zweiten 5000 hinzufügen kann, so dass es 6000 bekommt gegen die 1000 der übrigen. Nach dieser zweiten Auffassung würde die Bestimmung mit der Pflichttheilsquote $1/2$ übereintreffen, denn auch bei dieser hat der Testirer über die Hälfte ausser den Pflichttheilen freie Verfügung, kann sie also auch einem Kinde zu seinem Pflichttheile hinzu zuwenden. Somit würde also bei 5 und mehr Kindern einfach der Standpunkt des römischen Rechts bestätigt. Für 4—1 Kinder wäre dagegen ein Rückschritt in der Testirfreiheit, weil ja hier der Pflichttheil nur $1/3$ beträgt, folglich der Erblasser über $2/3$ frei verfügen kann. Dagegen wäre ein Fortschritt gegen das preussische und französische Recht, insofern das erstere den Pflichttheil bei 5 und mehr Kindern auf $2/3$ setzt, und das letztere schon bei 2 Kindern auf $2/3$ und bei 3 und mehr auf $3/4$, so dass also dem Testirer nur $1/3$, bez. $1/4$, frei bleibt.

Ob nun durch jene freie Hälfte die Nachtheile der Zersplitterung wirklich genügend beseitigt werden, mag dahin gestellt bleiben, indessen versteht sich, dass wenn man die relative Testirfreiheit einmal nicht vollständig annehmen und eine gewisse Minimal-Berechtigung der Kinder auch gegen einander festhalten will, dann die Gränze an sich völlig unbestimmt ist. Nur sind die Bruchtheile $1/3$ oder $1/2$ durch die Natur der Zahlenverhältnisse und das bisherige Recht von selber gegeben. Der erstere würde durchgreifender gegen die Nachtheile der Zersplitterung helfen, der letztere verringert die Ungleichheit unter den Kindern mehr. Da indessen die Quote $1/2$ eine Art Durchschnitt unter den bisherigen Quoten von $1/3$ bis $3/4$ bildet, so könnte man sich für diese entscheiden, sofern sie in dem zweiten obigen Sinne aufgefasst wird, dass der Testirer einem Kinde die eine Hälfte

der Erbschaft ausser seinem Kindestheile von der andern zuwenden darf. Genauer würde das Princip dann aber so ausgedrückt werden müssen, dass wenn Descendenten vorhanden sind, der Testirer zwar die eine Hälfte (oder $^1/_3$) ihnen zu gleichen Theilen lassen müsse, über die andern dagegen zu Gunsten eines oder mehrerer von ihnen frei verfügen könne.

Auf die Berechnung des Pflichttheiles der Kinder Fremden gegenüber hat die ganze Frage keinen Einfluss. Für diese bleibt das Princip des Kindestheils, wie es im obigen Gutachten vorgeschlagen und vom Juristentage angenommen ist, es entsteht einfach eine Verschiedenheit des Pflichttheilrechtes für die Kinder gegen einander und gegen Fremde.

VI.

Mitschuldner in Gant.

Von

Advokat Dr. **Ladenburg** in Mannheim.

§ 1.

Allgemeine Rechtsgrundsätze.

Es ist bekanntlich nicht allein in der Doktrin sehr bestritten, welchen Einfluss die Vergantung eines, mehrerer oder aller Mitschuldner auf das Forderungsrecht des Gläubigers und auf das Verhältniss unter den Mitschuldnern selbst hat, sondern die Gesetzgebungen haben auch die hier einschlagenden Fragen in verschiedener Weise gelöst. Betrachten wir den Gegenstand zunächst ohne Rücksicht auf die positiven Entscheidungen, lediglich nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen, so dürfen wir wohl behaupten, dass durch die Vergantung eines, mehrerer oder aller Mitschuldner das bestehende Rechtsverhältniss keine Aenderung erleidet. Denn die Vergantung ist nur der gerichtliche Ausspruch der Thatsache, dass Jemand seinen Verpflichtungen nicht vollständig entsprechen kann. In den Rechtsverhältnissen tritt dadurch keine Aenderung ein; nur werden alle betagte Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners fällig.

Hat nun ein Gläubiger für Eine Forderung mehrere Schuldner, von denen Einer vergantet wird, so haften die

Andern wie vorher. Waren sie sammtverbindlich, so kann der Gläubiger von jedem Einzelnen das Ganze verlangen; waren sie Bürgen, so kann der Gläubiger, wenn auch die Schuld betagt war, jetzt schon gegen sie vorgehen, wenn der Hauptschuldner vergantet wurde. Ist aber Einer von mehreren Bürgen vergantet, so wird der Gläubiger nur vorläufig seine Rechte geltend machen können, bis es sich entschieden hat, ob der Hauptschuldner am Verfalltag zahlt oder nicht. Zahlt der Hauptschuldner, so werden selbstverständlich alle Bürgen frei. Ebenso werden alle Sammtschuldner gegenüber dem Gläubiger frei, wenn Einer von ihnen die ganze Schuld zahlt. Auch dieser Satz erfährt durch die Gant Eines oder Mehrerer unter ihnen keine Aenderung. Nur entsteht die Frage, welche Rechte der Zahlende gegen seine Mitschuldner durch die geleistete Zahlung erwirbt? Diese Frage kann nicht allgemein, sondern nur je nach dem besondern Verhältniss, in welchem die Mitschuldner zu einander stehen, beantwortet werden. Bestand z. B. eine Handelsgesellschaft unter ihnen, so ist aus deren Kasse dem Zahlenden der ganze Betrag nebst Zinsen zu ersetzen. Ist aber die Gesellschaft vergantet, so kann erst aus der schliesslichen Abrechnung ersehen werden, ob Einer oder der Andere herauszuzahlen hat. Zahlt Einer der Wechselverpflichteten die ganze Wechselschuld, so kann er den Rückgriff auf seine Vormänner und auf den Acceptanten nach den Bestimmungen des Wechselrechts nehmen. Zahlt aber der Acceptant oder der Aussteller des eigenen Wechsels, so werden alle Wechselverpflichteten frei.

Zahlt ein Bürge, so hat er den Rückgriff auf den Hauptschuldner; ebenso, wenn der Besitzer eines Grundstücks die Hypothekenschuld zahlt. Die Vergantung des Hauptschuldners ändert in rechtlicher Beziehung nichts. Das wird auch allgemein zugegeben. Eine Meinungsverschiedenheit tritt erst ein, wenn nur Theilzahlung geleistet wird. Sehen wir auch hier zunächst von allen positiven Bestimmungen ab, so müssen wir einräumen, dass jede Theilzahlung, welche der Gläubiger

erhält, seine Forderung um den gezahlten Betrag herabmindert. Diese Wirkung tritt ein ohne Rücksicht auf die Person, welche die Zahlung geleistet hat. Daraus folgt, dass der Gläubiger an Keinen seiner Schuldner mehr zu fordern berechtigt ist, als die Summe nach Abzug aller Zahlungen, welche er bis zum Tag der Geltendmachung seiner Forderung auf diese erhalten hat. Es ist schon erwähnt, dass es durchaus gleichgültig ist, von wem die Zahlung geleistet, oder ob dieselbe als Dividende einer Gantmasse entrichtet wurde. Entscheidend ist allein, dass der Gläubiger die Zahlung erhält, dass er sie als solche annimmt und dass zwischen ihm und dem Zahlenden Einverständniss in Bezug auf die Forderung, auf welche die Zahlung geleistet und angenommen wird, vorhanden ist. Sobald dieses feststeht, hat jede Zahlung die gleiche Wirkung, nemlich Tilgung der Schuld, mithin wirkt Vollzahlung Tilgung der ganzen Schuld, Theilzahlung theilweise Tilgung derselben. Man kann diese Wirkung eine objektive nennen, weil sie ohne Rücksicht auf die Person, von welcher die Zahlung geleistet wird, eintritt. Auch erstreckt sie sich auf Alle, die für die betreffende Schuld, auf welche die Zahlung geleistet wurde, verhaftet waren, und Jeder von ihnen kann daraus die Einrede der Zahlung ableiten; man kann dem nicht entgegen halten, er berufe sich auf die Handlung eines Dritten, vielmehr liegt in dieser Einrede die Berufung auf eine Handlung des Gläubigers, der die Zahlung in Empfang genommen hat.

Sowie nun einerseits der Gläubiger berechtigt ist, seine ganze Forderung, soweit sie zur Zeit besteht, gegen alle Sammtschuldner und gegen jeden Einzelnen derselben geltend zu machen, so sind andererseits diese und jeder Einzelne derselben berechtigt, ihm jede Zahlung, welche ihm auf diese seine Forderung geleistet wurde, entgegen zu halten und daraus eine Herabminderung der geltend gemachten Forderung abzuleiten. Sind nun alle Sammtschuldner in Gant, so kann der Gläubiger in jeder Gantmasse seine ganze Forderung in

dem Betrag anmelden, in welchem sie zur Zeit der Anmeldung besteht; er darf keine Zahlung, welche ihm vor der Anmeldung geleistet wurde, unberücksichtigt lassen, sonst macht er sich einer Zuvielforderung schuldig; wegen der Zahlungen, die er später erhält, kann ihm die Einrede der Zahlung entgegen gehalten werden.

Dagegen kann jede einzelne Gantmasse für die gezahlte Summe den Rückgriff auf diejenige Gantmasse nehmen, gegen welche ihr ein solcher Rückgriff nach den Verhältnissen des einzelnen Falls zusteht, z. B. die Gantmasse des Bürgen kann für den von ihr gezahlten Betrag auf die Gantmasse des Hauptschuldners greifen, die Gantmasse eines Indossanten auf die Gantmasse eines Vormannes oder des Acceptanten u. s. w. In dieser Weise werden alle Interessen gewahrt, ohne dass in einer Gantmasse mehr als die geschuldete Summe angemeldet wird, z. B. ein Wechsel-Inhaber meldet in der Gant des Acceptanten eine Wechselforderung von Mark 1000 an; im Laufe des Verfahrens werden ihm aus der Gantmasse eines Indossanten 20%, aus der des Ausstellers 5% bezahlt. Durch diese Zahlungen mindert sich seine Forderung auf 75%, dagegen treten für die übrigen 25% die zahlenden Gantmassen an seine Stelle. Diesen muss daher verstattet sein, eventuell zu liquidiren, wofür die Art. 29 und 51 der W.-O. angeführt werden können. Es ist deshalb der Vorsicht entsprechend, gemäss Art. 39 ibid. jede Abschlagszahlung auf dem Wechsel abschreiben zu lassen. Hat der Acceptant nicht für einen geschuldeten Betrag, sondern auf Kredit acceptirt, so kann er, bez. seine Gantmasse in der Gant des Ausstellers oder desjenigen, für dessen Rechnung gezogen war, eventuell liquidiren. Zahlt seine Masse z. B. 10% an den Wechsel-Inhaber, so würde dieser nur noch mit 90%, die Gantmasse des Acceptanten mit 10% in der Gant des Ausstellers zuzulassen sein. Hätte die Gantmasse eines Indossanten dem Wechsel-Inhaber 20% bezahlt, so würde dieser nur noch mit 70% zugelassen werden, während die Gant-

masse des Indossanten 20%, die des Acceptanten 10% geltend machen könnte. Es liegt auch die Möglichkeit vor, dass der Indossant bereits in der Gant des Acceptanten liquidirt und dort die auf 20% fallende Quote mit 2% erhalten hätte — in diesem Fall kann er in der Gant des Ausstellers nur noch 18% geltend machen, während die Gantmasse des Acceptanten 12% liquidiren würde. Hiernach liquidiren alle drei zusammen nur 100%, nemlich der Wechsel-Inhaber 70%, der Indossant 18%, der Acceptant 12%. Diese Beispiele weisen überzeugend nach, dass wenn man alle Rechte, wie sie ausserhalb der Gant bestehen, auch nach Ausbruch der Gant, unbeanstandet lässt, durchaus keine Unzuträglichkeiten entstehen, weshalb die Gesetzgebung keinen Grund hat, von dem gemeinen Recht in irgend einer Beziehung abzuweichen. Man macht nun allerdings dagegen geltend, dass der Gläubiger auf diese Weise nie vollständig befriedigt wird. Das mag in dem Fall, wenn alle Mitschuldner vergantet sind, zutreffen; gleichwohl muss berücksichtigt werden, dass dieses Resultat eine Folge der Verhältnisse ist, indem jede Gant Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners voraussetzt. Da alle Gläubiger eines verganteten Schuldners in dem nemlichen Falle sich befinden, so sieht man nicht ein, aus welchem Grund ein einzelner Gläubiger den Anspruch erheben kann, dass die Gesetzgebung dafür zu sorgen habe, dass er vollständig befriedigt werde. Ohnedies erhält derjenige, welcher mehrere Schuldner hat, mehr als die andern Gläubiger, weil er an verschiedenen Gantmassen participirt, wogegen er aber nicht auch in jeder einzelnen Gantmasse bevorzugt zu werden verlangen kann. Sicher muss jeder Gläubiger sich die Einrede der Zahlung für alle Summen, die er auf seine Forderung erhalten hat, gefallen lassen. Es wäre daher eine ganz ungerechtfertigte Bevorzugung, wenn der Gläubiger, der mehrere Schuldner hat, sich die an ihn gemachten Zahlungen nicht aufzurechnen verpflichtet wäre, vielmehr seine ursprüngliche Forderung, ohne Abrechnung der bereits in Empfang ge-

nommenen Zahlungen, geltend machen könnte. Man giebt ja allgemein zu, dass er die Theilzahlungen, welche er vor Ausbruch der Gant erhalten hat, abrechnen muss, warum sollte er diejenigen Zahlungen, welche er während der Gant erhält, nicht abrechnen müssen? Die Gant bringt ja keine Aenderung in die bestehenden Rechtsverhältnisse, mithin müssen die nemlichen Rechtsregeln, welche abgesehen von einer Gant gelten, auch nach Ausbruch derselben anwendbar sein. Für diese Ansicht spricht sich Heise in seinem Handelsrecht § 130 aus, der in einer Anmerkung auch Püttmann's Wechselrecht, herausgegeben von Martens, als übereinstimmend anführt; ebenso Treitschke, Encyklopädie, 2. Bd. S. 370 u. f.

§ 2.

Französisches Recht.

Von diesen Grundsätzen ist zunächst das französische Recht abgewichen. Der code de commerce bestimmt allerdings in Art. 534 nur, dass der Gläubiger, welcher mehrere Sammtschuldner hat, in der Gant eines Jeden derselben seine ganze Forderung anmelden kann. Insoweit entspricht diese Bestimmung den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie sie oben entwickelt wurden. Indem aber das angeführte Gesetz die Worte jusqu'à son parfait et entier paiement beifügte, gab es Veranlassung zu der Folgerung, dass dem Gläubiger nicht von einer Gantmasse die Zahlungen, welche er von einer andern Gantmasse erhalten hatte, entgegen gehalten werden können. Als Grund wurde angeführt, dass er sonst nicht vollständig befriedigt werden könnte, vrgl. z. B. das bekannte Werk von Pardessus No. 1211; daraus wurde dann die weitere Folgerung gezogen, dass keine Gantmasse wegen der geleisteten Zahlungen einen Rückgriff auf eine andere Gantmasse habe; denn der Gläubiger, welcher die ganze Forderung angemeldet habe und für dieselbe zugelassen wurde, habe

bereits das ganze Forderungsrecht erschöpft. Pardessus No. 1214. Broicher und Grimm ad art. 534 und die dort angeführten Urheile. Damit stimmt nun allerdings nicht die Vorschrift des Art. 538 des code de comm., wonach der Gläubiger, dessen Forderung durch eine Bürgschaft gesichert ist, nur denjenigen Betrag seiner Forderung, der nach Abzug der vom Bürgen geleisteten Zahlungen übrig bleibt, in der Gant des Hauptschuldners anmelden darf, während dem Bürgen verstattet ist, den von ihm gezahlten Betrag anzumelden. Für diesen Fall ist das Gesetzbuch zu dem oben § 1 entwickelten System zurückgekehrt. Es bestand daher ein offenbarer Widerspruch, da ja sehr häufig auch bei Solidar-Schuldnern Einer derselben Hauptschuldner, die Andern nur Bürgen sind, wie dieses z. B. bei Wechsel-Verbindlichkeiten immer der Fall ist. Die französischen Juristen suchten diesen Widerspruch in der Art zu lösen, dass sie den Art. 538 nur auf die einfache, den Art. 534 auf die Solidar-Bürgschaft anwendeten. Pardessus No. 1217. Broicher u. Grimm ad art. 538.

Den 28. Mai 1838 wurde ein neues Gesetz in Frankreich erlassen, welches das dritte Buch des code de comm. abänderte, dagegen die Reihefolge der Artikel beibehielt, so dass diese mit dem Beisatz nouveau code angeführt werden. In Art. 542 desselben wird die ältere Bestimmung wiederholt, dass der Gläubiger in der Gantmasse eines jeden Solidarschuldners seine ganze Forderung anmelden und an der Vertheilung in allen Massen Theil nehmen kann, mit dem Zusatz, dass er für den *ganzen* Betrag dieser Forderung bis zu seiner vollständigen Befriedigung aufgeführt wird. Hierdurch soll die Einrede abgeschnitten werden, dass der Gläubiger aus einer andern Gantmasse bereits eine Zahlung erhalten habe. In Uebereinstimmung damit wird durch Art. 543 verfügt, dass keine Gantmasse wegen der geleisteten Zahlungen einen Rückgriff auf eine andere Gantmasse nehmen darf, ausser in dem Fall, wenn sich ein Ueberschuss aus der Zusammenrechnung aller Dividenden ergiebt. Dieser Ueberschuss

soll derjenigen Gantmasse zufallen, der nach den Verhältnissen des einzelnen Falls die andern Gantmassen regresspflichtig sind. In diesem Punkte sah man sich doch genöthigt, zu den in § 1 entwickelten Principien zurückzukehren. Ebenso in Art. 544, wo bestimmt ist, dass der Gläubiger sich alle Zahlungen, welche er vor Ausbruch der Gant erhalten hat, anrechnen lassen muss, wogegen auch die Mitschuldner oder Bürgen die gezahlten Beträge in der Gantmasse, soweit ihnen ein Rückgriff auf diese zusteht, anmelden können. Uebrigens wird kaum bezweifelt werden, dass wenn ein Mitschuldner oder Bürge nach Ausbruch der Gant Vollzahlung an den Gläubiger leistet, er vermöge der gesetzlichen Subrogation c. c. Art. 1251 vollständig an die Stelle des Gläubigers tritt und daher dessen Rechte für sich geltend machen kann. Theilzahlungen müssten nun, soweit sie reichen, die gleiche Wirkung haben, selbst wenn sie nach Ausbruch der Gant geleistet wurden. Das wird aber bestritten, wie wir weiter unten sehen werden; den Gantmassen ist ohnedies der Rückgriff wegen bezahlter Dividende durch eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes abgeschnitten.

§ 3.

Preussisches Recht.

So widerspruchsvoll sich hiernach das in Frankreich adoptirte System erweist, so war die Autorität des französischen Rechts dennoch so gross, dass die Preussische Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 dasselbe zum Muster nahm, und in § 87 übereinstimmend mit demselben festsetzte:

„Wenn über das Vermögen mehrerer Personen, welche für eine Forderung solidarisch haften, der Konkurs eröffnet worden ist, so kann der Gläubiger in jedem einzelnen Konkurse den ganzen Betrag seiner Forderung geltend machen. Dasjenige, was bei der Vertheilung der einzelnen Massen auf diesen Betrag fällt, wird an den Gläubiger gezahlt, bis der-

selbe wegen seiner Forderung vollständig befriedigt ist. Die Konkursmassen haben in einem solchen Falle wegen der an den Gläubiger geleisteten Zahlungen keinen Rückgriff gegen einander, wenn der Gesammtbetrag der Summen, welche aus den sämmtlichen Massen auf die Forderung des Gläubigers vertheilt werden, den Betrag nicht übersteigt, welcher dem Gläubiger gebührt. Ergiebt sich dagegen bei den Vertheilungen nach der Befriedigung des Gläubigers ein Ueberschuss, so findet auf Höhe desselben der Rückgriff nach dem Verhältnisse statt, in welchem die einzelnen Gemeinschuldner unter sich zur Berichtigung der Forderung verpflichtet sind."

Diese Bestimmung entspricht den Art. 542 und 543 des neuen code, wie sie oben angeführt wurden; dem Art. 544 entspricht § 86 der Konkurs-Ordnung nur theilweise, indem er besagt:

„Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners können wegen der Zahlungen, welche sie auf die Forderungen des Gläubigers geleistet haben, einen Anspruch auf Ersatz in dem Konkurse geltend machen, soweit ihnen der Rückgriff gegen den Gemeinschuldner zusteht."

Hier ist nicht, wie in Art. 544, unterschieden zwischen Zahlungen vor und nach Ausbruch der Gant, vielmehr haben alle Zahlungen, auch die Theilzahlungen — mit einziger Ausnahme der Dividende-Zahlungen der Gantmassen — die gleiche Wirkung. Das tritt noch deutlicher aus § 11 der Konkurs-Ordnung hervor, welcher bestimmt: Wenn Jemand nach der Konkurs-Eröffnung die Forderung eines Gläubigers ganz oder zum Theil befriedigt, so tritt er insoweit von Rechtswegen an dessen Stelle; er erlangt auch ohne Cession das mit der Forderung verbundene Vor-, Pfand- oder Hypothekenrecht."

Aus der Verbindung beider Bestimmungen geht hervor, dass Theilzahlungen an den Gläubiger nach Ausbruch der Gant, soweit sie reichen, den Vollzahlungen gleichstehen;

beide bewirken die Minderung der Forderung des Gläubigers, der die Zahlung erhalten hat, wogegen der Zahlende für den Betrag der gezahlten Summe an die Stelle des befriedigten Gläubigers tritt.

Die Rückkehr zu den in § 1 entwickelten Grundsätzen hat hier weit vollständiger als im französischen Recht stattgefunden. Es sind nur die Gantmassen, denen der Rückgriff wegen der gezahlten Dividende abgeschnitten ist, weil der Gläubiger nicht gehalten ist, sich diese Dividende-Zahlungen anrechnen zu lassen. Seine Forderung bleibt trotz der Zahlungen, die er aus andern Gantmassen erhält, in der angemeldeten Grösse bestehen, bis alle Dividenden zusammen die ganze Forderung nebst Zinsen getilgt haben. Mehr kann der Gläubiger nicht erhalten. — Die Dividenden können daher zusammen bewirken, wozu jede einzelne, für sich allein, zu schwach befunden wird, sie können nemlich die Forderung des Gläubigers tilgen und dem Regress der einzelnen Gantmassen gegen einander die Bahn frei machen.

Die Preussische Konkurs-Ordnung kehrt hier, in Uebereinstimmung mit dem französischen Recht, zu dem Grundsatze zurück, dass die Vergantung eines Schuldners keine Aenderung in den Rechtsverhältnissen erzeugt, dass daher Zahlungen nach Ausbruch der Gant die gleiche Wirkung haben, wie die vor Ausbruch derselben geleisteten, d. h. dass die Forderung des Gläubigers, der die Zahlung in Empfang nimmt, zur entsprechenden Summe getilgt wird und dass der Zahlende für die gezahlte Summe an die Stelle des befriedigten Gläubigers tritt. Die einzige Abweichung von diesem Grundsatz ist in § 87 enthalten. Aber ein Widerspruch ist auch hier vorhanden: Theilzahlungen eines nicht verganteten Mitschuldners, eines Bürgen, ja eines jeden Dritten bewirken, auch wenn sie n a c h Ausbruch der Gant geleistet werden, eine Herabminderung der Forderung des Gläubigers; Dividende-Zahlungen haben nicht die gleiche Wirkung, wiewohl sie Theilzahlungen sind. Dieser Widerspruch mag praktisch von keiner grossen

Tragweite sein, aber für die Theorie hat er die Bedeutung, dass die beliebte Abweichung vom gemeinen Recht einen innern Widerspruch erzeugt.

Der zweite Absatz des § 86 verdient noch eine kurze Betrachtung, weil er Anlass zu der Ansicht gegeben hat, dass eine eventuelle Anmeldung nicht zulässig sei. Er lautet:

„Dagegen können sie (Mitschuldner oder Bürgen), insoweit die Forderung noch unbezahlt ist, keinen Anspruch auf Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf die Forderung künftig noch zu leistenden Zahlungen liquidiren; vielmehr sind sie nur berechtigt, mittels Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten.

Diese Verweigerung der eventuellen Liquidation, welche das französische Recht, Art. 2032 No. 2 c. c., Pardessus No. 1213 u. 16, sowie die österr. Konkurs-Ordnung § 18 Abs. 2 zulässt, soll damit begründet werden, dass der Gläubiger, welcher die Forderung anmeldet, bereits das ganze Recht für sich in Anspruch nehme und daher der Zulassung des Bürgen oder anderer Mitschuldner im Wege stehe — das ist aber ein Irrthum, denn die eventuelle Anmeldung geschieht gerade für den Fall, wenn die Forderung des Gläubigers durch die Zahlung des Bürgen oder eines andern Mitschuldners gemindert oder vollständig beseitigt wird, wodurch, wie am Schluss des oben angeführten Gesetzes ausdrücklich hervorgehoben wird, der Zahlende in die Rechte des befriedigten Gläubigers, sei es vollständig bei Vollzahlung, sei es zum Theil bei Theilzahlung, eintritt. Auch hier zeigt sich, dass die Einhaltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze durchaus keine Unzuträglichkeit zur Folge hat: Der Gläubiger meldet seine ganze Forderung an, jede Zahlung, welche später auf dieselbe geleistet wird, mindert sie um den entsprechenden Betrag; dagegen tritt der Zahlende für diesen Betrag an seine Stelle. Es sollte, der Theorie nach, keinen Unterschied machen, ob die Zahlung von einer Gantmasse herrührt oder von sonst irgendwem, weil bei Zahlungen überhaupt nicht die

Person des Zahlenden in Betracht kommt, wie auch der oben angeführte § 11 der Konkurs-Ordnung anerkennt.

§ 4.

Ein Rechtsfall.

In dem 14. Band der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht S. 397 u. f. behandelt Goldschmidt den Fall, dass ein Bürge für die an den Gläubiger gezahlte verbürgte Summe die darauf in der Gant des Hauptschuldners entfallende Dividende in Anspruch nimmt, die ihm von dem Gläubiger darum streitig gemacht wird, weil er eine grössere Forderung hat, welche durch die vom Bürgen gezahlte Summe sammt der Dividende von der übrigen Forderung nicht voll gedeckt wird. Beispiel: Die Forderung beträgt M. 10,000; davon durch Bürgschaft gedeckt M. 5000 — die Dividende beträgt 25 % — der Gläubiger beansprucht die Dividende M. 10,000, wiewohl er, allerdings nach Ausbruch der Gant' M. 5000 vom Bürgen erhalten hat; der Bürge dagegen beansprucht die Dividende aus den gezahlten M. 5000; die Badischen Gerichte haben in drei Instanzen zu Gunsten des Bürgen entschieden. Diese Entscheidung entspricht den in § 1 entwickelten Grundsätzen. Der Bürge tritt für die gezahlte Summe in die Rechte des Gläubigers, ohne Unterschied, ob die Zahlung vor oder nach Ausbruch der Gant erfolgte. Allerdings erkennt das französische Recht, Art. 544 nouveau code, diesen Satz nur, insoweit die Zahlung vor Ausbruch der Gant erfolgte, an, weshalb Bravard-Veyrières, Manuel du droit comm. S. 666 meint, die nach Ausbruch der Gant erfolgenden Theilzahlungen hätten nicht die gleiche Wirkung — bei Vollzahlung sei aber kein Unterschied, ob sie vor oder nach Ausbruch der Gant erfolgt sei. Auf diesen Grund hin haben die Badischen Gerichte für den Bürgen entschieden, indem sie darauf fussten, er habe, wenn auch nicht die ganze

Forderung des Gläubigers, doch die ganze Bürgschaftsschuld bezahlt. Goldschmidt meint dagegen, die Forderung des Gläubigers sei untheilbar; so lange sie nicht vollständig bezahlt werde, bleibe der Anspruch des Gläubigers auf die volle Dividende bestehen; er unterstützt seine sehr interessante Ausführung durch Art. 1252 c. c., wonach der Bürge, welcher den Gläubiger nur zum Theil befriedigt, diesem keinen Nachtheil bringen darf, ihm vielmehr bei etwaiger Kollision der beiderseitigen Ansprüche nachstehen muss. Die Badischen Gerichte führten dagegen aus, dieser Artikel sei nicht anwendbar, wenn der Bürge die ganze Bürgschaftsschuld zahle; diesen könne eine weitere, nicht verbürgte Forderung des Gläubigers nicht berühren. Das ist auch richtig. Dass die Forderung des Gläubigers nicht theilbar ist, kann gegen den Bürgen, der nur für einen Theil derselben haftet, nicht geltend gemacht werden; er genügt seiner Verbindlichkeit, wenn er die verbürgte Summe vollständig zahlt. Dass der Gläubiger dem Hauptschuldner noch weitern Kredit gegeben hat, ist ja für ihn res inter alios.

Abgesehen übrigens von der Bedeutung des Art. 1252 dürfte folgende Betrachtung in Erwägung zu ziehen sein. Wenn der Gläubiger, nachdem er die verbürgte Summe voll erhalten hat, noch die Dividende für die nemliche Summe in Anspruch nimmt, so verlangt er mehr als Vollzahlung, was von keiner der angeführten Gesetzgebungen zugelassen wird. Eben deshalb bin ich der Meinung, dass wenn der Gläubiger die Dividende aus seiner ganzen Forderung bezogen hat und dann erst den Bürgen in Anspruch nimmt, dieser ihm entgegen halten kann, er habe bereits 25% der verbürgten Forderung von der Gantmasse des Hauptschuldners erhalten, könne daher den Bürgen nur noch für 75% in Anspruch nehmen. Wollte der Gläubiger erwidern, er habe auf seine Gesammtforderung von M. 10,000 nur M. 2500 erhalten, mithin noch M. 7500 zu fordern, wovon M. 5000 durch Bürgschaft gedeckt seien, so läge darin der Anspruch, die erhaltene

Summe nur auf den ungedeckten Theil der Forderung abzurechnen, während nach den Regeln, welche das Civilrecht aufstellt, bei dem Mangel einer besondern Abrede Zahlungen auf die für die Schuldner lästigere Schuld abzurechnen sind; danach würde der Bürge berechtigt sein, die Zahlung vollständig auf die Bürgschaftsschuld abzurechnen. Das wäre freilich ebenfalls zu weit gegangen; denn es handelt sich nicht um eine Abschlagszahlung, sondern um eine Dividende-Zahlung. Diese ist immer eine verhältnissmässige; das Verhältniss wird bestimmt entweder nach Procenten oder nach Einheiten, wie z. B. in England, wo für je Ein Pfund Sterling der zu vertheilende Betrag in Schillingen festgestellt wird. Hiernach erhält der Gläubiger im ersten Fall von jedem Hundert, im andern von jeder Einheit seiner Forderung die festgestellte Dividende. In unserm Beispiel würde der Gläubiger von der verbürgten Forderung $50 \times 25 = 1250$ M., von der unverbürgten ebenso viel erhalten. Würde er gleichwohl von dem Bürgen die ganze Bürgschaftssumme mit M. 5000 verlangen, so läge darin eine Zuvielforderung, da der Gläubiger nie mehr als Vollzahlung erhalten kann. Daraus folgt, dass nachdem er von der Gantmasse 25 % erhalten hat, er von dem Bürgen nur noch 75 % fordern darf, und dass umgekehrt, wenn der Bürge Vollzahlung geleistet hat, ihm die auf diese Summe fallende Dividende gebührt.

Damit stimmt auch die Preussische Konkurs-Ordnung § 86 vollständig überein, da nach Inhalt derselben Bürgen für die Zahlungen, welche sie auf die Forderung eines Konkursgläubigers geleistet haben, Anspruch auf Ersatz geltend machen können. Es wird dabei nicht unterschieden zwischen Zahlungen vor oder nach Ausbruch der Gant, ebenso wenig zwischen Voll- und Theilzahlungen. Im Gegentheil tritt nach dem oben angeführten § 11 der Konkurs-Ordnung nicht nur der Bürge, sondern Jeder, der die Forderung des Gläubigers ganz oder zum Theil befriedigt, von Rechtswegen an dessen Stelle. Die Entscheidung der Badischen Gerichte wird daher

für das Gebiet der Preussischen Konkurs-Ordnung um so viel mehr gerechtfertigt erscheinen.

Gleichwohl hat das Reichsoberhandelsgericht in seinem Urtheil vom 12. Dez. 1876, Entsch. 21. Band S. 210 u. f., den Anspruch des Bürgen, der die ganze verbürgte Summe an den Gläubiger bezahlt hatte, auf die entsprechende Dividende verworfen und diese dem Gläubiger zugesprochen, unter Berufung auf die Ausführung von Goldschmidt, und unter Hervorhebung des Satzes: Nemo subrogat contra se. Man kann diesen Satz da, wo es sich um eine freiwillige Subrogation handelt, gelten lassen; dagegen scheint er doch da nicht anwendbar, wo die Subrogation von Rechtswegen eintritt. Ausserdem wird bei der Anwendung dieses Satzes vorausgesetzt, dass der Anspruch des Bürgen mit dem Rechte des Gläubigers kollidirt. Das ist aber nicht der Fall, wenn der Bürge, wie in dem entschiedenen Fall, die ganze Bürgschaftssumme bezahlt hat. Mehr als Vollzahlung kann der Gläubiger nicht verlangen. Wenn er ausser der verbürgten Forderung noch eine weitere Forderung hatte, so kann er diese doch nicht gegen den Bürgen geltend machen. Dieser trat durch die Zahlung, wie die Preussische Konkursordnung sagt, von Rechtswegen in die Stelle des durch ihn befriedigten Gläubigers. Dieser hat keine Rechte mehr, weil er befriedigt ist, er kann daher auch nicht in eine Kollision mit den Ansprüchen des Bürgen kommen.

§ 5.

Deutsches Recht.

Die deutsche Konkurs-Ordnung enthält nur Eine hieher gehörige Bestimmung in § 61, lautend:

„Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche neben einander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedi-

gung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte."

Die hervorgehobenen Worte stimmen mit den oben erwähnten des Art. 534 des code de comm. so vollständig überein, dass man daraus zu schliessen berechtigt ist, man habe genau dasselbe ausdrücken wollen, was die französische Jurisprudenz unter diesen Worten verstanden hat, und was noch deutlicher in Art. 542 des nouveau code und in § 87 der Preussischen Konkurs-Ordnung wiederholt wurde: der Gläubiger darf seine ganze Forderung in der Gant eines Jeden seiner Schuldner anmelden und die angemeldete Summe bleibt massgebend für die Dividende-Vertheilung bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers, ohne dass die aus andern Gantmassen erfolgenden Zahlungen eine Herabminderung der Forderung bewirken." Dagegen spricht sich das Gesetz nicht darüber aus, ob der Rückgriff der einzelnen Gantmassen auf einander ausgeschlossen ist; es scheint dieses aber eine Konsequenz der angeführten Bestimmung, insoweit dem Gläubiger gestattet ist, die ganze, auf die Forderung fallende Dividende für sich in Anspruch zu nehmen. Dieses Recht des Gläubigers hat übrigens seine Grenze: es dauert nur bis zu seiner vollen Befriedigung; sowie diese eintritt, endet sein Recht, der Rest der Dividende wird frei — in Bezug auf diese wird man zum gemeinen Recht zurückkehren, sie daher derjenigen Gantmasse zusprechen müssen, welcher der Rückgriff auf die andern Gantmassen zusteht, allerdings unter der Voraussetzung, dass sie mindestens so viel gezahlt hatte.

Um so mehr wird man zugeben, dass derjenige Mitschuldner, welcher für sich allein den Gläubiger vollständig befriedigt, vollständig an seine Stelle zu treten befugt ist, wie dieses in § 11 der Preussischen Konkurs-Ordnung bestimmt ist. Eine theilweise Befriedigung des Gläubigers wird dieselbe Wirkung haben, insoweit die Forderung des Gläubigers durch dieselbe um den gezahlten Betrag gemindert wird. Aber gerade in dieser Beziehung giebt die Wortfassung

des § 61 Veranlassung zu der Ansicht, dass der Tag der Eröffnung des Gantverfahrens entscheidend ist für den Betrag, welchen der Gläubiger in der Gant liquidiren darf, wonach er also nicht verpflichtet wäre, eine ihm nach diesem Tag gemachte Zahlung an seiner Forderung in Abzug zu bringen, während § 11 der Preussischen Konkurs-Ordnung jeder nach der Ganteröffnung geleisteten Zahlung, sei sie Voll- oder Theilzahlung, die gleiche Wirkung beilegt, nemlich den Eintritt des Zahlenden in die Stelle des von ihm befriedigten Gläubigers.

Wie oben (§ 1) schon bemerkt, darf der Gläubiger in der Gant mehr nicht anmelden, als er am Tag der Anmeldung zu fordern hat, sonst macht er sich einer Zuvielforderung schuldig. Daraus folgt, dass er alle Zahlungen, welche er vor diesem Tag auf seine Forderung erhalten hat, an derselben abrechnen muss. Nun aber hält das Gesetz den Tag der Eröffnung des Gantverfahrens für entscheidend, giebt daher, seinem Wortlaut nach, dem Gläubiger das Recht, auch solche Zahlungen vollständig zu ignoriren, welche er seit der Eröffnung des Verfahrens bis zum Tag der Anmeldung empfangen hat. Sarwey ist auch wirklich der Meinung, dass dergleichen Theilzahlungen nicht in Abzug kommen, Kommentar zu § 61 der Konkurs-Ordnung No. 4 (S. 441); dagegen meint er, die aus der vollständigen Befriedigung entnommene Einrede der Zahlung sei nach dem ausserhalb des Konkurses geltenden Recht zu beurtheilen; das soll wohl heissen, die Einrede der Zahlung sei zulässig, mithin der Gläubiger, welcher Vollzahlung erhalten hat, überhaupt nicht mehr forderungsberechtigt. Wir stossen hier auf denselben Widerspruch, der schon oben gerügt wurde. Was von der Vollzahlung gilt, muss von jeder Theilzahlung, soweit sie reicht, gelten, da Vollzahlung schliesslich doch durch Ergänzung der Theilzahlungen hergestellt werden kann. Auch muss im kaufmännischen Verkehr jede Theilzahlung auf den betreffenden Conto gebucht werden, wodurch die Minderung

des Ausstandes sich von selbst ergiebt. Wie kann aber ein ehrlicher Kaufmann mehr liquidiren, als seine Handelsbücher ausweisen? Nur Unredliche können von dem eingeräumten Vorzugsrechte Gebrauch machen. Wenn das Gesetz zu solchen Konsequenzen führt, so geht daraus hervor, dass es innerlich unwahr, daher nicht haltbar ist. Der Gläubiger darf in einer Gant nicht mehr anmelden, als er am Tag der Anmeldung zu fordern hat. Spätere Zahlungen müssen einredend geltend gemacht werden, selbstverständlich nur so lange bis die Forderung endgültig festgestellt ist. Von da an bildet sie den Massstab für den Dividendenbezug. Wer später den Gläubiger voll oder theilweise befriedigt, tritt für den gezahlten Betrag in dessen Rechte, d. h. er kann an Stelle des Gläubigers diejenige Dividende beziehen, welche auf den gezahlten Betrag entfällt, vgl. Archiv für Wechselrecht. 13. Bd. S. 218 u. f.

§ 6.

Fortsetzung.

Eine Bestätigung der vorgetragenen Grundsätze kann in § 57 der Konkurs-Ordnung gefunden werden. Denn darnach soll ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, die gleiche Forderung auch in der Konkursmasse dann geltend machen können, wenn der Gemeinschuldner persönlich für dieselbe haftet; jedoch soll er nur für denjenigen Betrag verhältnissmässige Befriedigung verlangen können, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit welchem er bei dieser ausgefallen ist. Unter dem Ausfall ist derjenige Betrag zu verstehen, der nach Abzug der an den Gläubiger gemachten Zahlungen noch übrig bleibt. In dem vorausgesehenen Fall sind demnach die Zahlungen, welche der Gläubiger erhält, an seiner Forderung in Abzug zu bringen, er participirt an der Vertheilung nur mit der Restsumme. So will es das Gesetz in dem vorgesehenen Fall, warum soll es in andern Fällen anders gehalten werden?

Hieher gehört eine eigenthümliche Bestimmung des Handelsgesetzbuchs. Nach Art. 112 desselben haften die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten derselben solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Daraus würde zu folgern sein, dass jeder Gesellschaftsgläubiger seine Forderung in ihrem Gesammtbetrag gegen jeden einzelnen Theilhaber geltend machen und Keiner von ihnen ihm die Einrede der Theilung oder der Vorausklage entgegensetzen könnte. Art. 281 ibid. Dem entgegen ist in Art. 122 bestimmt, dass im Fall des Konkurses der Gesellschaft die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden, dagegen aus dem Privatvermögen der Theilhaber nur wegen des Ausfalls Befriedigung suchen können. Das ist jedenfalls eine singuläre Bestimmung, die zu mancherlei Fragen Veranlassung giebt; so z. B. ob dieselbe nur unter der Voraussetzung des Konkurses der Gesellschaft gilt oder ob sie auch ohne diese Voraussetzung massgebend ist? Im letztern Fall würde Art. 112 durch Art. 122 die Modifikation erfahren, dass die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft nicht überhaupt für die Gesellschaftsschulden, sondern nur für denjenigen Betrag, den die Gläubiger nicht aus der Gesellschaftskasse erhalten können, d. h. für den Ausfall solidarisch haften. Daraus würde sich folgern lassen, dass die Gesellschaftsgläubiger erst dann gegen die einzelnen Theilhaber klagen können, nachdem der Ausfall festgestellt ist, mithin den Theilhabern die Einrede der Vorausklage, entgegen der Bestimmung des Art. 281, zustünde. Nach einer Mittheilung in dem 37. Band des Archivs von Busch S. 266 u. f. hat der erste Senat des Appellations-Gerichts zu Celle schon zweimal, den 1. Juni und den 14. Sept. 1877 in diesem Sinn erkannt, nemlich die Klage gegen einen Theilhaber der Firma aus einem von dieser acceptirten Wechsel zur Zeit abgewiesen. Allerdings war in den entschiedenen Fällen die Firma vergantet, während der Verklagte noch zahlungsfähig war. Nach einer Mit-

theilung in dem 10. Band desselben Archivs S. 468 hat das Hofgericht in Freiburg den gleichen Fall ebenso entschieden; das Urtheil wurde aber von dem Oberhofgericht in Mannheim aufgehoben und der beklagte Theilhaber zur Zahlung der eingeklagten Forderung sammt Zinsen verurtheilt, insoweit Kläger in der gegen die Gesellschaft eröffneten Gant keine Befriedigung erhalte.

Diese letzte Entscheidung halte ich für richtig, weil, wenn auch die Theilhaber nur für den Ausfall haften, mithin nur als Bürgen anzusehen sind, ihnen gleichwohl nach Art. 281 nicht die Einrede der Vorausklage zusteht.

Abgesehen von dieser streitigen Frage steht doch fest, dass der Gläubiger sich die Zahlungen, welche er aus der Gantmasse der Gesellschaft erhält, aufrechnen lassen muss, und nur noch wegen des Restes (wegen des Ausfalls) auf die einzelnen Gesellschafter greifen darf. Hier findet also wie in dem erst erwähnten Fall eine Aufrechnung für diejenigen Zahlungen, welche die Gantmasse an den Gläubiger leistet, statt, wodurch die in § 1 aufgestellten Principien eine weitere Bestätigung erhalten.

VII.

Ueber die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei den indogermanischen Völkern[1].

Von

Bernhöft.

1) Der Begriff des Rechts im Verhältniss zu Sitte und Religion.

§ 1. Die Sitte.

Der Mangel eines festen Rechtsbegriffs pflegt sich wenig fühlbar zu machen, so lange es sich um das geltende Recht handelt. Durch den wissenschaftlichen Sprachgebrauch ist seit Jahrhunderten festgestellt, was mit dem Worte „Recht" bezeichnet wird, und wenn für den Begriff eine allseitig befriedigende Bestimmung auch noch nicht gefunden ist, so wird die Bearbeitung der einzelnen Rechtsbildungen dadurch fast gar nicht gehindert; eine Grenzverwirrung gegenüber ver-

[1]) Vorliegende Abhandlung ist aus den Vorarbeiten zu einer Schrift über den ältesten römischen Prozess entstanden. Zu ihrer selbstständigen Veröffentlichung bestimmt mich der Wunsch, einige Ansichten, welche ich in dem Einleitungsaufsatze zu dieser Zeitschrift (Bd. I S. 1 ff.) geäussert hatte, eher im Einzelnen auszuführen, als es sonst hätte geschehen können. Dazu kommt die Erwägung, dass bei der ungeheuren Menge des Stoffes, welcher zur Feststellung der Verwandtschaft der indogermanischen Rechte bearbeitet werden muss, die Kraft eines Einzelnen notwendig unzureichend ist, und dass, wie das Beispiel der vergleichenden Sprachwissenschaft lehrt, Missgriffe und Irrthümer im Anfange nicht ausbleiben können. Nun ist mir in Folge des erwähnten kleinen Aufsatzes von vielen Seiten

wandten Gebieten, namentlich gegenüber der Sitte und Religion, ist höchstens in untergeordneten Punkten zu fürchten. Selbst Ansichten, nach welchen grosse Zweige der Rechtswissenschaft wie das Völkerrecht von dieser auszuschliessen wären, würden keine grossen Umwälzungen hervorrufen können; es handelt sich bei ihnen mehr um das Wort als um das Wesen, und wenn sie durchdrängen, so würde doch das Alte — nur unter anderm Namen — nach wie vor gelehrt werden.

Anders ist es, wenn man in die ältesten Zeiten der staatlichen Entwicklung zurückgeht. Bei der Menge neuer Erscheinungen, welche dann plötzlich auftreten und in bunter Mannigfaltigkeit alle Zwischenstufen zwischen Recht und Sitte ausfüllen, ist zur richtigen Unterscheidung eine strengere Begriffsbestimmung unerlässlich. Der enge Zusammenhang zwischen vergleichender Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie zeigt sich hier schon bei den ersten Schritten, denn wenn jene allein die Grundlagen für ein streng wissenschaftliches Forschen der Letzteren liefern kann, so ist sie ihrerseits wieder für die richtige Auffassung der einzelnen Erscheinungen auf diese angewiesen. Ja, wenn sie überhaupt nach einem höhern Ziele [strebt, als nach einer bloss statistischen Zusammenstellung der verschiedenen Rechtbildungen, so kann

---

Rat und Unterstützung in der liebenswürdigsten Weise gewährt worden, und namentlich hat mein College Herr Professor Cohn die Freundlichkeit gehabt, mir bei vorliegender Arbeit mehrere wertvolle zusätzliche Citate mitzutheilen, welche ich mit seiner Bewilligung aufgenommen und dadurch kenntlich gemacht habe, dass sie in Sternen eingeschlossen sind. Vielleicht darf ich auch jetzt hoffen, dass mancher Freund der Rechtsvergleichung mich auf begangene Fehler hinweist oder auf unbeachtet gebliebenen Stoff aufmerksam macht. Und da überhaupt auf diesem Punkte der vergleichenden Rechtswissenschaft eine gedeihliche Entwicklung nur von dem dauernden Zusammenwirken mehrerer erwartet werden kann, so ist vielleicht der Wunsch nicht zu kühn, dass der eine oder andere Gelehrte sich durch das Vorgetragene trotz aller seiner Mängel zu weiteren Forschungen auf demselben Gebiete angeregt fühlen möchte.

sie am letzten Ende keine andern Zwecke haben als die Rechtsphilosophie selbst, wird sich aber von der rein speculativen Richtung derselben durch ihre unmittelbare Anlehnung an die Empirie ähnlich unterscheiden, wie die heutigen Naturwissenschaften von der alten Naturphilosophie [2]).

---

[2]) Dieser innige Zusammenhang von vergleichender Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie ist mehrfach, namentlich von Felix Dahn (s. diese Zeitschrift II. S. 6, Anm. 1) nachdrücklich hervorgehoben worden. Dagegen scheint er von Hofmann in einer Besprechung dieser Zeitschrift (in der Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart herausgeg. von Grünhut Bd. VI S. 253) nicht anerkannt zu werden. Die Recension eines rechtsphilosophischen Werkes wie die Schrift von Bierling „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe“ war ganz besonders geeignet, um Vorzüge und Mängel der rein spekulativen Richtung zu zeigen, und hierdurch rechtfertigt sich die von Hofmann beanstandete Aufnahme einer solchen in Bd. I. Auch in anderer Beziehung will Hofmann das Gebiet der vergleichenden Rechtswissenschaft viel zu eng begrenzen. Der ebenfalls in Bd. I befindliche Aufsatz von Roth über das deutsche eheliche Güterrecht, den er nur bei laxer Auffassung als hergehörig gelten lässt, steht durchaus auf dem Boden der vergleichenden Rechtswissenschaft, und es wäre nicht zu rechtfertigen, ihn etwa aus dem Grunde auszuschliessen, weil die verglichenen Rechte deutsche sind. Derartige äusserliche Abgrenzungen könnten den Zwecken der Zeitschrift nur schaden. Dagegen stimmen die Herausgeber vollständig der Ansicht zu, dass „eine Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft“ und „eine Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes“ ganz verschiedene Aufgaben haben. Unser Programm, welches die einzelnen Kategorien der in Aussicht genommenen Beiträge aufzählte, macht allerdings nicht die Beschränkung, dass dabei nur an Aufsätze gedacht ist, welche für die vergleichende Rechtswissenschaft Interesse haben, indessen liegt diese Beschränkung schon in dem Titel der Zeitschrift und übrigens auch in den Schlusssätzen des Einleitungsaufsatzes zu Bd. I derselben. Hierin besteht also keine wesentliche Meinungsverschiedenheit. Dagegen halte ich allerdings im Gegensatz zu Hofmann (a. a. O. S. 251) die neueren Gesetzgebungen für sehr wertvoll für die vergleichende Rechtswissenschaft. Die heutigen Rechte haben sich vielfach aus gleichen Rechtsanschauungen entwickelt, sie haben Rechtsideen von einander übernommen und mehr oder weniger selbstständig ausgebildet: die Verhältnisse lassen sich meistens leicht feststellen, und während wir den Zusammenhang der alten Rechte oft

Da nun bei einem erweiterten Forschungskreise notwendig Begriffe auftauchen müssen, welche sich mit den bisher gewonnenen nicht völlig decken, so entstehen bisweilen Zweifel, in wie weit die früheren Bezeichnungen noch verwendbar sind. Diese Schwierigkeiten werden vergrössert, wenn man sich über den herrschenden Sprachgebrauch hinwegsetzt und alte Worte in neuer Bedeutung gebraucht[3]). Mag man den wissenschaftlichen Begriffen ihren herkömmlichen Namen geben, auch da, wo man sich gezwungen sieht, sie etwa schärfer zu

---

nur mit mittelbaren Beweisen darthun können, liegt er bei den neueren offen zu Tage. Thatsächlich ist ausserdem gerade auf diesem Gebiete mit dem grössten theoretischen und praktischen Erfolge gearbeitet worden; es würde für eine Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Selbstmord sein, gerade darauf zu verzichten. Mittheilungen aus den einzelnen fremden Rechten müssen allerdings beschränkt werden, wie die Redaktion auch gethan zu haben glaubt, ganz wegfallen können sie aber nicht, so lange es keine Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes giebt. Die Verschiedenartigkeit des zulässigen Inhalts kann in Wirklichkeit keine so grosse „Buntscheckigkeit“ herbeiführen, wie Hofmann glaubt. Die selbstverständliche Beschränkung, dass jeder Beitrag dem rechtswissenschaftlichen Interessenkreise der Gegenwart angehören muss, ist ein hinreichender Schutz dagegen. Deswegen würde es allerdings mindestens verfrüht sein, ganze Aufsätze über den indischen svayamvara, über ägyptische Grundbesitzverhältnisse und ähnliche Specialitäten aus entlegenen Rechtskreisen zu bringen. Oder sucht man etwa in einer Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Aufsätze über amerikanische Lynchjustiz, über Ehehindernisse bei den Australnegern und über die staatsrechtliche Stellung der Lukukescha in Mussumba? In diesem Punkte gehen unsere Ansichten also allerdings aus einander. Trotzdem schliesse ich diese Anmerkung in der Ueberzeugung, dass solche Meinungsverschiedenheiten über die besten Mittel gegenüber dem Endzwecke nur untergeordnete Bedeutung haben, und dass sie bei voller Uebereinstimmung in Betreff des Zieles ein gedeihliches Zusammenarbeiten in keiner Weise stören, sondern eher anregend und fördernd als hemmend wirken werden. Mag also der Streit nach den Ergebnissen entschieden werden, welche die Arbeit auf dem der vergleichenden Rechtswissenschaft bestrittenen Gebiete ans Licht bringt.

[3]) Das Wort „Recht“ wird z. B. von Bierling für einen viel weiteren Begriff als bisher gebraucht. s. § 2 Anm. 1.

begrenzen; für neue Gedanken dürfen aber keine Ausdrücke verwendet werden, mit denen seit lange ein anderer Sinn verbunden gewesen ist.

Eine Vertiefung der Rechtsidee ist keine unerlässliche Vorbedingung für solche Forschungen, sondern vielmehr die zu hoffende Frucht derselben; bei dem geringen Gebiete, welches die heutige Wissenschaft beherrscht, wäre sie überhaupt nicht von vorn herein möglich. Man würde Gefahr laufen, die Rechtsidee, wie sie sich gerade bei uns entwickelt hat, für allgemein gültig zu halten und auf Völker anzuwenden, welche ganz andere Vorstellungen darüber haben. Oft genug ist das auch bereits geschehen, und es giebt noch bis auf den heutigen Tag Gelehrte, welche eine unabhängig von der Erfahrung („a priori") gebildete Idee vom Rechte oder von einzelnen nach ihrer Meinung notwendigen Erfordernissen des Rechtes als eine Art Offenbarung heilig halten, die eines Beweises durch Thatsachen in keiner Weise bedarf. Die Erforschung fremder Rechtsgebiete hat für diese folgerecht nur einen untergeordneten Wert; sie bringt ihnen nichts neues, sondern giebt ihnen lediglich hübsche Beispiele für ihre längst feststehenden Ansichten, zu deren Aufstellung sie einer Kenntniss der positiven Rechtsbildungen nicht bedurften. Es ist merkwürdig, dass uralte Irrthümer des Menschengeschlechts, auch wenn sie längst beseitigt zu sein scheinen, immer in neuer Form wiederkehren. Wir lachen über den Glauben der Völker, welche behaupten, dass ihr Land in der Mitte der Erde liegt, und stellen in demselben Augenblicke, wenn wir ihre Einrichtungen zu besprechen und zu beurtheilen fortfahren, unser Rechtsbewusstsein in den Mittelpunkt der Welt, indem wir ihre eigenartigen Rechtsbildungen, welche natürlich nicht immer dazu passen können, als Verkümmerungen und Entartungen darstellen.

Und doch ist schon aus den Rechten, die wir jetzt kennen, mit Leichtigkeit zu sehen, dass es kein allgemein gültiges Recht giebt, und dass selbst die Grundideen nahverwandter

Völker nicht mit einander übereinstimmen. Die heutige gebildete Welt hat allerdings in Folge eines langen Gedankenaustausches eine gemeinsame Rechtsidee entwickelt, aber unsere eigenen Vorfahren und die Griechen und Römer, von denen unsere Bildung ausgeht, weichen oft von derselben wesentlich ab. Unserm ganzen Strafrechte giebt, um ein einziges Beispiel anzuführen, der Satz den Charakter, dass man nur wegen eigener Schuld gestraft werden darf; er erscheint uns so selbstverständlich, dass wir es für widersinnig halten würden, ihn erst beweisen zu wollen. Gleichwohl war er den hochgebildeten Griechen durchaus fremd, selbst die Athener nahmen an der Bestrafung der schuldlosen Verwandten von schweren Verbrechern, namentlich von Tyrannen, keinen Anstoss. Die Römer näherten sich allerdings unserer Anschauung, aber auch bei ihnen wandten sich in den Sullanischen Gesetzen und kaiserlichen Verordnungen gewisse Strafbestimmungen gegen die Kinder politischer Verbrecher [4]). Viel weiter gehen einzelne nicht-indogermanische Völker. Bei den Juden war Mitbestrafung von Angehörigen ganz gewöhnlich, Jehovah selbst liess die Rotte Korah mit Weibern und Kindern in die Erde versinken, und seine Heimsuchung der Sünden bis ins dritte und vierte Glied ist jedem geläufig. Von den Aegyptern erzählt Diodorus Siculus [5]), dass wegen schwerer Vergehen die Verbrecher bisweilen allein, bisweilen aber auch mit ihrer ganzen Verwandtschaft zu der harten Arbeit in den Goldbergwerken verurtheilt worden wären. In einem Freundschaftsvertrage, welcher im Jahre 1310 v. Chr. zwischen dem ägyptischen Pharao Ramses II. d. h. dem Sesostris der

---

[4]) Den Unterschied zwischen griechischer und römischer Auffassung charakterisirt treffend Dionysius 8, 80. Bei den Slaven kommt ebenfalls die Mitbestrafung von Verwandten vor. Macieiowski Slavische Rechtsgeschichte übersetzt von Buss und Nawrocki S. 149. 225 f. — * Auch bei den Germanen haftet die Familie für die Composition und unterliegt der Blutrache. (Vgl. den tit. de chrenecruda in der lex Salica).*

[5]) Diod. Sic. 3, 11.

griechischen Schriftsteller und dem Fürsten der Hethiter geschlossen worden ist, wird die Auslieferung geflohener Verbrecher versprochen, ihnen aber Straflosigkeit zugesichert mit den Worten: „Es soll sein Fehler nicht an ihm gerochen werden. Es werde nicht geplündert sein Haus, noch sein Weib, noch seine Kinder; nicht werde getödtet seine Mutter; nicht werde geschlagen in seine Augen, noch auf seinen Mund, noch auf seine Beine (Fusssohlen); nicht werde aufgestellt (erhoben) irgend ein Verbrechen gegen ihn“ [6]).

Unter diesen Umständen muss die innere, die sittliche Seite des Rechtes als etwas feststehendes angenommen werden und ihre Erklärung andern Wissenschaften, etwa der Psychologie, überlassen bleiben. Legen wir doch auch sonst Begriffe, wie den menschlichen Willen, den Wahnsinn u. a. unsern Untersuchungen ohne Bedenken als bekannt zu Grunde. Freilich ist dabei nicht zu übersehen, dass die einzelnen Rechtssätze einen durchaus ungleichen sittlichen Gehalt haben. Wenn auch z. B. der Diebstahl, das Duell und die Uebertretung der neueren kirchenpolitischen Vorschriften formell in gleicher Weise als Bruch der Rechtsordnung erscheinen, und von dem geltenden Gesetz mit ziemlich gleichen Strafen belegt werden, so wird doch niemand bestreiten, dass unser sittliches Bewusstsein sie trotzdem unter sehr verschiedene Gesichtspunkte bringt.

Man darf also zur Erklärung des Rechts von der Pflicht ausgehen. Auf ihrem Boden haben sich ausser dem Rechte Sitte, Sittlichkeit und Religion entwickelt. Eine vollständige Trennung ist zwischen diesen selbst bei uns noch nicht eingetreten, oft gehört dieselbe Regel mehreren oder allen von ihnen an, oder eine befiehlt auch wohl schlechtweg, die Regeln

---

[6]) Ich verdanke diese Bemerkung Herrn Professor Dr. Cohn in Heidelberg, der betreffende Vertrag findet sich in dem leicht zugänglichen Romane von Ebers Uarda III S. 234. — Der Grundsatz der Mitbestrafung von Verwandten ist für Hochverrat vom chinesischen Rechte im weitesten Sinne durchgeführt. S. Bulletin de la société de législ. comp. X S. 286.

der andern zu befolgen. Immerhin sind sie bereits so unabhängig von einander geworden, dass sie in Widerspruch treten und so einen Streit der Pflichten hervorrufen können.

Sitte ist eine Regel, welche für das Zusammenleben eines Volkes thatsächlich in Uebung ist. Von der blossen Gewohnheit unterscheidet sie sich durch die Pflicht zur Beobachtung. Sehr häufig ist ihre Entstehung durch Nützlichkeit oder andere äussere Gründe veranlasst; sobald sie aber feststeht, hängt sie von diesen nicht mehr ab, und ihre Verletzung gilt auch dann als ein Uebel, wenn keine nachtheiligen Folgen dadurch herbeigeführt werden. Genau entsprechende Eigenschaftswörter haben wir für diesen Begriff nicht, wir gebrauchen dafür namentlich die Umschreibung „es ist Sitte“.

Der Begriff der Sittlichkeit hat sich, wie schon die Ableitung des Wortes andeutet, aus der Sitte entwickelt. Zu ihm gehören nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die Eigenschaftswörter sittlich und unsittlich und mit wenig veränderter Bedeutung recht und unrecht.

Die Sittlichkeit hat mit der Sitte die Pflicht zur Beobachtung gemein, ist aber von der thatsächlichen Uebung unabhängig. Aus diesem Grunde hängt sie in viel höherem Grade von den persönlichen Anschauungen und Meinungen des Einzelnen ab, und schwankt daher oft bei den Angehörigen desselben Volkes sehr bedeutend. Andererseits wird sie weniger von den Bedürfnissen des täglichen Lebens beeinflusst und folgt leicht der bessern Erkenntniss. Die Sitte pflegt sich dagegen häufig noch dann zu behaupten, nachdem sich die Anschauungen, auf denen sie beruhte, geändert haben. Sie wird allerdings zur blossen und zwar schlechten Gewohnheit, wenn sie in geraden Gegensatz zu der Sittlichkeit, wie sie das betreffende Volk auffasst, treten sollte, und in diesem Sinne ist ein Widerspruch zwischen beiden unmöglich; da aber die Sittlichkeit von dem Urtheil der Einzelnen abhängt, so sind diese wohl berechtigt, selbst solche Sitten, welche noch durchweg beobachtet werden, für tadelnswert zu erklären.

Das Duell beruht z. B. auf der altgermanischen Anschauung, dass jeder für sein Recht mit Leib und Leben eintreten müsse, und hatte ursprünglich alle Merkmale einer echten Sitte. Eine neuere Ansicht missbilligt den Zweikampf zwischen Privaten, und wer dieselbe schlechtweg theilt, muss dann allerdings das Duell, zu welchem gewisse Kreise noch heute geradezu eine sittliche Verpflichtung annehmen, für eine unsittliche Gewohnheit erklären.

Für die religiösen Sätze, welche hier natürlich nur von ihrer äussern Seite in Betracht kommen, sind die sittlichen Anschauungen stets von grossem Einfluss gewesen und andrerseits haben die Religionen überall darnach gestrebt, ihren eigenen Anforderungen den Stempel sittlicher Verpflichtungen aufzudrücken. Gelungen ist die Verschmelzung von Religion und Sitte im Morgenlande bei Indern und Juden. Bei den alten abendländischen Völkern bestehen zwischen beiden immer noch unausgeglichene Widersprüche, und heute, bei der Verschiedenheit der Bekenntnisse und ihrer Ansprüche an den Menschen, ist es für die einzelne Religion kaum möglich, sich das Geistesleben eines Volkes so vollständig zu unterwerfen, dass sein sittliches Urtheil in ihren Satzungen aufginge.

§ 2. Das Recht.

Das Recht steht begrifflich und thatsächlich im engsten Zusammenhange mit der Sitte. Nach dem herrschenden Sprachgebrauche muss aber ein Merkmal hinzukommen, das Recht muss von einem Wesen — Einzel- oder Gemeinwesen — anerkannt werden, welches seinerseits nicht dem Willen eines andern menschlichen Wesens unterworfen ist, also von einem Souverän [7]). Man kann das Recht daher als die Ge-

---

[7]) Bierling Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I S. 3 ff. erklärt das Recht als eine Norm, welche als Regel des Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen seitens der dazu Gehörigen fortgesetzt anerkannt wird. Die Anerkennung ist „ein stetiges, un-

sammtheit der Regeln erklären, welche die höchsten Gewalten eines souveränen Gemeinwesens als massgebend für sich oder andere anerkennen.

Regeln, welche der Souverän als verbindlich für sich gegenüber andern Souveränen anerkennt, heissen Völkerrecht. Hier steht über dem durch das Recht Verpflichteten keine Behörde, welche über zweifelhafte Punkte entscheidet oder die richtige Beobachtung der Pflichten erzwingt. Versagt der Souverän die fernere Anerkennung eines völkerrechtlichen Satzes, so hört dieser auf, als Rechtssatz zu bestehen, weil die Voraussetzungen dafür nicht mehr vorliegen, aber in der Versagung liegt, obgleich sie nicht notwendig nachtheilige Folgen nach sich zieht, ein Rechtsbruch, eine Pflichtverletzung. Zur Verstärkung des Pflichtgefühls waren früher häufig besondere Bekräftigungen, namentlich durch Eid, üblich.

Zum Staatsrecht gehören alle Regeln über das Verhältniss des Souveräns zu den Unterthanen, also in constitutionellen monarchischen Staaten namentlich die Verfassung. Einen Rechtszwang giebt es auch hier nicht, wohl aber sind Eide noch heute üblich. In Republiken lässt die Gesammtheit ihre

---

unterbrochenes, habituelles Respektiren, sich gebunden oder unterworfen Fühlen in Beziehung auf einen gewissen Gegenstand, insbesondere auf gewisse Grundsätze." Das „unterworfen Fühlen" erstreckt sich auch auf erzwungene Anerkennung (S. 82). Ohne alles Recht ist ein näheres menschliches Zusammenleben undenkbar (S. 83). — Der Begriff des Rechts wird dadurch sehr weit und für geschichtliche Untersuchungen unbequem; er entspricht ausserdem der bisher allgemein geltenden Anschauung in keiner Weise. Wenn z. B. in einer Schulklasse ein oder mehrere Schüler sich durch Energie und Stärke von den andern dauernd Gehorsam erzwingen, so ist das Recht in diesem Sinne, obgleich jeder weiss, dass ihnen der Gehorsam ohne das Gefühl einer Pflichtverletzung entzogen wird, wenn die Unterworfenen den Mut dazu haben. Ich bin dem gewöhnlichen Sprachgebrauche gefolgt. Uebrigens fasst Bierling auch den Begriff der Sitte anders als ich; er erklärt sie als eine Norm, welche „nicht als den Willen wahrhaft verpflichtende, sondern nur als anleitende, frei anzueignende Regel anerkannt" wird (S. 151).

Rechte durch bestimmte Personen ausüben, welche allerdings einem geregelten Zwange unterworfen sein können.

Als Privatrecht bezeichnen wir alle Regeln, welche der Souverän für seine Unterthanen als massgebend hinstellt. Er selbst und seine Vertreter sind zum Schutze derselben verbunden; dass die Unterthanen ihrerseits eine sittliche Verpflichtung zur Beobachtung fühlen, ist nicht unbedingt erforderlich. Bei Monarchien unterschied der griechische Sprachgebrauch sehr scharf, ob die Unterthanen die bestehende Rechtsordnung anerkannten oder nicht, und nannte den Herrscher je nach Umständen *βασιλεύς* oder *τύραννος*. Auch der Tyrann kann Gesetze geben, obgleich man durch Ungehorsam gegen dieselben nicht immer eine Pflicht verletzt. Aehnlich liegt der Fall, wenn die Alten den Kriegsgefangenen von rechtswegen als Sklaven behandeln, obgleich dieser durch seine Flucht keinen Rechtsbruch begeht. Aus diesem Grunde ist aber für das Privatrecht die Erzwingbarkeit — gleichviel in welcher Form — unentbehrlich; ohne sie liegt kein Rechtssatz vor, sondern nur ein guter Rat, welchen der Staat den Unterthanen ertheilt. Selbstverständlich ist es wünschenswert, dass das Volk gesetzlichen Sinn genug hat, um den Gehorsam gegen das Recht als sittliche Pflicht anzuerkennen. Regelmässig pflegt dies auch zu geschehen, und oft wird dies Bewusstsein durch Huldigungseide verstärkt. Aber selbst dann ist ein Zwang unentbehrlich, weil die Erfüllung der Rechtspflichten nicht von dem schwankenden sittlichen Bewusstsein der Einzelnen abhängig gemacht werden darf.

Der Ausdruck Kirchenrecht kann verschiedene Bedeutungen haben: er kann sich entweder darauf gründen, dass eine Kirche sich wirklich als eine souveräne vom Staate unabhängige Rechtsgemeinschaft hinstellt, wie dies unzweifelhaft die katholische Kirche thut, oder darauf, dass der Staat die Regeln einer Kirche für verbindlich erklärt und schützt. Im erstern Falle hat selbstverständlich der Staat nicht ohne weiteres die Pflicht, das Kirchenrecht zu beobachten, im zweiten Falle

ist das Kirchenrecht ein Theil des staatlichen Rechtes, und man gebraucht den Ausdruck in einem ähnlichen Sinne, wie man etwa von einem Recht der Aktiengesellschaften spricht.

Aus der gegebenen Erklärung erhellt, weshalb Recht und Sitte um so mehr zusammenfliessen, je weiter wir zeitlich zurückgehen. So lange der einzelne Mensch keinen andern Willen als verbindlich für sich anerkannte, also jeder gewissermassen selbst Souverän war, mussten sie vollständig zusammenfallen. Als bestimmte Personen oder Gemeinschaften sich die Einzelnen unterwarfen und für ihr oder ihrer Unterthanen Handeln gewisse Regeln als verbindlich anerkannten, konnte man bereits von Recht sprechen. Aber da die Anerkennung thatsächlich nur durch Uebung geschah, so blieb das Recht ein Theil der Sitte und zwar derjenige, welchem die Beobachtung und der Schutz durch eine geordnete Gemeinschaft eine besondere Wichtigkeit verlieh. Diesen Charakter tragen alle ursprünglichen Rechtsbildungen, heute nur noch das Gewohnheitsrecht.

Eine vollständige Trennung von der Sitte fand erst statt, als sich unter der Bezeichnung Gesetze Formen entwickelten, in welchen der Souverän ohne thatsächliche Uebung Regeln aufstellen konnte, und als für die Fortbildung des Rechtes eigene Organe geschaffen wurden. Seitdem sind Recht und Sitte vielfach ihre eigenen Wege gegangen. Das Recht hat die Sitte oft zu beeinflussen gesucht, und die Sitte das Recht ebenso oft gemildert. Die heutigen Gesetze untersagen das von der Sitte gebotene Duell; die Römer zur Zeit der Republik haben umgekehrt von ihrer rechtlichen Befugniss, ihre Söhne und Sklaven zu tödten, nur selten und innerhalb bestimmter Grenzen Gebrauch gemacht[8]). So kann also eine

[8]) * Auch die Germanen hatten das ius uitae ac necis über Kinder und Sklaven, übten es aber nur selten aus. Sehr interessant ist die Parallele zwischen deutschem und altrömischem Familienrecht von Laband in der Zeitschr. für Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft III S. 137 bis 194, (Die rechtliche Stellung der Frauen); bez. des ius uitae ac necis des paterfamilias vgl. S. 145. 146. 147. *

Sitte rechtswidrig sein, und die Ausübung eines Rechts der Sitte widerstreiten. Selbst mit der Sittlichkeit entsteht bisweilen ein Zwiespalt. Es ist kein Widerspruch zu behaupten, dass die Ausübung eines Rechtes unrecht sein könne, weil in Folge einer eigenthümlichen Bedeutungsverschiebung das Eigenschaftswort recht nicht mehr dem Hauptwort Recht entspricht. Auf einer ähnlichen Bedeutungsverschiebung beruht das römische Sprichwort summum ius summa iniuria. Dass das Recht sich nicht alle sittlichen Sätze aneignet, ist Regel, seltner setzt es sich in geraden Widerspruch zur Sittlichkeit.

§ 3. Die Rechtsideen.

Wie die sittlichen Anschauungen oft der Sitte voraneilen und diese dann ihrerseits beeinflussen, so wird die Rechtsentwicklung von den Rechtsideen geleitet d. h. von der im Volke auftauchenden Ueberzeugung, dass etwas Recht sein müsse. Es sind oft Ansichten von tiefem sittlichen Gehalt, oft Urtheile über Zweckmässigkeit, oft auch Ausflüsse der Rohheit und Gewaltthätigkeit des Zeitalters. Zunächst auf der Meinung des Einzelnen beruhend, streben sie dahin, zu thatsächlicher Geltung zu gelangen. Geschieht dies durch Gerichtsgebrauch oder durch die Uebung des täglichen Lebens, so tritt ein Zwischenzustand ein, in welchem ihre Anwendbarkeit zwar anerkannt, ihr Anwendungsgebiet aber noch nicht genau festgestellt worden ist. Den Römern war diese Bildung sehr vertraut, sie bezeichneten sie mit dem Worte aequitas. Den Einfluss der Rechtsideen auf die Gesetzgebung kann man besser in unserm Zeitalter beobachten. Jährlich, fast täglich bringt die emsige Presse neue Forderungen ans Licht: Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens, Betheiligung von Ungelehrten an der Rechtspflege, Einheit des Rechts, Gewerbefreiheit, Pressfreiheit, Milderung des Zeugnisszwanges, und wie sie alle heissen mögen. Hier tritt kein Zwischenzustand ein, mit einem Schlage gelangt das Gesetz

zur Geltung, und der Richter mag dann sehen, wie er es anwendet.

Die Herrschaft der Rechtsideen ist ihrer Dauer nach sehr verschieden. Oft brauchen sie Jahrhunderte, um durchzudringen, und bisweilen gelangen sie niemals vollständig zur Geltung. Sind sie einmal anerkannt, so können die durch sie geschaffenen Sätze noch lange nach ihnen fortbestehen: cessante ratione non cessat lex ipsa. Heute leben wir freilich schneller. In erstaunlich kurzer Zeit breiten sich die Ideen aus, in wenigen Jahrzehnten beseitigen sie das bestehende Recht, aber es bedarf auch keiner Jahrhunderte mehr, um ihre eignen Schöpfungen zu vernichten.

§ 4. Geschichtliche Entwicklung des Rechts.

Wenn sich nach unserer heutigen Anschauung das Recht ziemlich scharf von Sitte, Sittlichkeit und Religion sondert, so ist das nicht immer und bei allen Völkern der Fall gewesen. Dem hochentwickelten Stamm der Inder fliessen noch jetzt unter der Bezeichnung dharma alle diese Begriffe zusammen; sie sind Bestandtheile der göttlichen Weltordnung geworden, und das Gesetzbuch des Manu (manâva dharmaçastra) enthält neben Satzungen, welche wir Recht nennen würden, eine Kosmogenie, eine Darstellung der Lehre von der Seelenwanderung, Haushaltungsregeln, Anstandsregeln für die verschiedensten Verhältnisse bis zu den Begrüssungsformeln und dergleichen mehr. Die Rechtssätze selbst tragen unter diesen Umständen einen stark religiösen Charakter [9]).

Römer und Griechen machen dagegen Unterschiede. In strengem Gegensatze steht *δίκαιος* und *ὅσιος*, ius und fas. Merkwürdigerweise nahm hier der religiöse Bestandtheil umgekehrt einen juristischen Charakter an. Während die Inder

---

[9]) Vgl. hierzu die Uebersicht über den Charakter des Rechts der verschiedenen alten Völker bei Fr. v. Raumer Ueber die geschichtliche Entwicklung der Begriffe von Recht, Staat und Politik. 2. Aufl. S. 1 ff.

das Hauptgewicht auf die innere Geistesrichtung legten, haben die römischen Priester niemals ein beschauliches Versenken in sich selbst gefordert. Die That, nicht der Wille befriedigte oder beleidigte die Götter, selbst die Beweggründe waren für sie bedeutungslos. Der römische Kultus bekam dadurch eine unglaubliche Aeusserlichkeit. Es konnte geschehen, dass ein Feldherr sich in seiner Sänfte tragen liess, um etwaige abmahnende Vorzeichen nicht wahrzunehmen und so unbehindert durch sie handeln zu können. Auch war dies keineswegs eine Ausartung der späteren Zeit. Schon dem Volsker Tullius Attius, der mit den Römern Krieg beginnen, aber den Frieden aus religiösen Bedenken nicht brechen wollte, riet Coriolan, die Römer durch eine grobe Täuschung dahin zu bringen, dass sie ihrerseits die zu einem Feste versammelten Volsker aus der Stadt vertrieben und so den Frieden verletzten[10]. Auf diese Weise konnte man nach dem Glauben der Zeit den Zorn der Götter vermeiden.

Neuerdings trennen sich die Begriffe mehr und mehr. Da wir unser Recht aus Italien, unsere Religion aus Palästina empfangen haben, so ist es erklärlich, dass sie ganz verschiedene Gedankenverbindungen haben müssen, und dass ein völliger Einklang zwischen ihnen nicht denkbar ist, so lange beide selbstständig bleiben. Sogar offenbare Widersprüche zwischen ihnen lassen sich nicht immer vermeiden. Trotzdem ist ein feindlicher Zusammenstoss erst erfolgt, als die Kirche sich über die weltliche Macht zu setzen versuchte und beanspruchte, die Trägerin eines eigenen Rechtes zu sein. Jetzt drängt die gewaltige Entwicklung des Staatsgedankens dahin, den Staat allmählig zum Vertreter der gesammten Rechtsordnung zu machen und jene auf ihr eigentliches Gebiet, die Religion, zu beschränken. Es ist sogar die Ansicht aufgetaucht, dass nur dasjenige Recht zu nennen sei, was der Staat anerkenne. Mag dieselbe auch zu weit gehen[11], so

---

[10]) Dionys. 8, 2.

[11]) Bierling Das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht.

ist doch jedenfalls das staatlich geschützte Recht zum weitaus wichtigsten Theile des gesammten Rechts geworden.

2) Die sittlichen Anschauungen der Indogermanen.

§ 5. Begriff des Frevels.

Den Indogermanen müssen schon vor ihrer Trennung in die einzelnen Stämme sittliche Begriffe bekannt gewesen sein. Nach der Vermutung von Fick hatte die Ursprache für das sittliche Vergehen ein Wort agas, abgeleitet von ang beschmieren, ausgleiten, welches im Sanskrit zu âgas, im Griechischen *ἄγος* geworden ist [12]). Gewisse Handlungen wurden als Verletzung einer höhern Weltordnung angesehen, über deren Wesen die Ansichten im einzelnen sehr auseinander gingen, und führten, wenn nicht notwendig, so doch in der Regel für den Thäter schlimme Folgen mit sich. Indessen wurden sie nicht bloss dieser Nachwirkungen wegen vermieden, sondern weil sie an sich als etwas Uebles galten.

Wie die Strafe für den Frevel herbeigeführt wurde, darüber haben sich im Alterthum keine klaren Vorstellungen gebildet. Die Griechen leiteten sie bald von einem unpersönlichen Wesen, der *μοῖρα*, ab, bald zogen sie die Religion mit hinein und glaubten das Eingreifen eines Gottes zu erkennen. Die Mischung sittlicher und religiöser Gedanken zeigt sich schon hier, obgleich die Götter niemals zu rein sittlichen Mächten geworden sind. Später kam die Ansicht auf, dass die Mitmenschen verpflichtet seien, das Uebel, welches mehr und mehr als eine notwendige Folge des Frevels erschien, nach Umständen selbst durch willkürliche Handlungen herbeizuführen. Diese Anschauung ist eine der wichtigsten Grundlagen des Strafrechtes, und zwar gerade des

---

[12]) Fick Vergleichendes Wörterbuch der indogermanischen Sprachen 3. Aufl. I S. 9. Ueber die Aussprache des Sanskrit s. diese Zeitschrift I S. 11 A. 12.

neueren geworden, und die sogenannten absoluten Strafrechtstheorien, nach welchen das Unrecht um seiner selbst willen zu ahnden ist, beruhen lediglich auf ihr. Freilich ist bei weitem nicht alles ursprünglich Frevel gewesen, was wir heute als Verbrechen bezeichnen, denn dazu gehören viele Verletzungen, welche früher nur von dem Verletzten selbst gerächt wurden, und viele Handlungen, welche als Vergehen gegen die Befehle der Obrigkeit von dieser selbst zu strafen waren, im übrigen aber nicht immer zugleich als unsittlich oder gottlos galten. Deshalb haben die Begriffe der Rache und des Staatswohls ebenfalls einen grossen Einfluss auf die Entwicklung des Strafrechts geübt.

Nach den ältesten Anschauungen kam es für die Beurtheilung eines sittlichen Vergehens auf die Absicht nicht an. Die Griechen machten wenigstens in dieser Beziehung keinen Unterschied: die blutschänderische Ehe des Oidipus mit Jokaste war ein Frevel, obgleich beide ihre Verwandtschaft nicht kannten. Die indischen Veden sind etwas milder, sie sprechen die Erwartung aus, dass der Gott Agni ausgleichend eintrete, wenn die göttlichen Gebote nur aus Unverstand verletzt seien [13]). Das Gesetzbuch des Manu unterscheidet auch sehr häufig, namentlich bei schweren Verbrechen, zwischen beabsichtigten und unbeabsichtigten.

§ 6. Die sittlichen Grundanschauungen.

Für die Beurtheilung der ursprünglichen Rechtsentwicklung ist es wichtig, die sittlichen Grundbegriffe der indogermanischen Völker durchzugehen. Bei allen beruhen sie hauptsächlich auf den Familienbanden, dem Eide und dem Gastrechte, und in sämmtlichen Fällen kommt wenig vor, was sich nicht bei andern Völkern wiederfände. Nur in Einzelheiten deuten gemeinsame Gebräuche, namentlich Hochzeits- und Bestattungsfeierlichkeiten, eine grosse Aehnlichkeit in den

---

[13]) Rig-Veda übersetzt von Grassmann 10, 2. V. 4.

Formen der ältesten Poesie und andere Umstände auf eine besonders nahe Verwandtschaft hin [14]).

Die grosse Bedeutung der Geschlechtsgenossenschaften für die Urzeit geht schon aus der mehrfachen Bezeichnung hervor, welche die Ursprache für sie hatte: ganus, sanskrit janas, lateinisch genus, griechisch *γένος*; ganu, sanskrit janu, lateinisch genu — in genuinus; ganti, sanskrit jâti, griechisch *γένεσις*, lateinisch gens. Dazu kommt das abgeleitete Wort gantia, sanskrit jâtya, griechisch *γνήσιος* [15]). Ferner sind fast die sämmtlichen Verwandtschaftsnamen gemeinsam. Unter diesen Umständen ist es nicht unwahrscheinlich, dass die starke väterliche Gewalt bei Indern, Persern und Römern, das Zusammenleben der Erben zu ungetheilter Erbschaft nach dem Tode des Familienhauptes, wie es namentlich bei Indern und Slaven vorkommt, und ebenso die fast überall wiederkehrenden Geschlechtsverbände auf Sitten des Urvolkes zurückgehen.

Die Familie bildete nach aussen hin einen geschlossenen Verband zu Angriff und Abwehr. Ihre Hauptbedeutung lag in der Blutrache: wie bei den Germanen die Gesippen [16]), so erscheinen auch bei Homer die Brüder und Genossen als Bluträcher [17]). In ihren inneren Beziehungen war sie unabhängig und konnte für ihr Zusammenleben eigene Regeln ausbilden. In Rom entstanden auf diese Weise besondere Gerichte, in welchen der Inhaber der väterlichen Gewalt mit einem von ihm selbst gewählten Beirate entschied. Bei andern Völkern scheint es aber solche Rechtsbildungen, insbesondere

---

[14]) S. hierüber eine Recension von Zimmer (Anzeiger f. deutsches Altert. herausgeg. von Steinmeyer II S. 294 ff.), in welcher die ältesten germanischen und indischen Zustände sehr zutreffend zusammengestellt werden, sowie einen Vortrag von Stenzler „Ueber die Sitte" (Abhandl. der deutsch. morgenl. Gesellschaft Bd. IV No. 1 S. 147 ff.)

[15]) Fick Vergl. Wörterbuch I. S. 66.

[16]) Vergl. Dahn Fehdegang und Rechtsgang der Germanen. S. 6 (Sep.-Abdr. aus der deutschen Revue).

[17]) Homer Od. 15, 273.

einen Schutz der Einzelnen gegen ihre eigenen Verwandten, nicht gegeben zu haben. Das Alterthum weiss viel davon zu erzählen, wie Familienmitglieder ihre Angehörigen an Fremden rächten, aber fast ebensoviel, wie sie dieselben sogar aus geringen Ursachen beschädigten und tödteten.

Vom sittlichen Standpunkte aus wurden solche Handlungen stets missbilligt. Die altnordische Wöluspa sagt, um die vollständige Verkehrung aller Ordnung beim Weltuntergange zu kennzeichnen, dass Brüder einander morden, und Vettern ihre Verwandten erschlagen würden[18]). Nach Tacitus hielten es die Germanen für eine Schandthat, einen Geschlechtsgenossen zu tödten[19]). Wirklich ist die Sage reich an Zügen, welche die Heiligkeit der Familienbande zeigen[20]), aber trotzdem fehlt auch das Kehrbild nicht, denn gerade deutsche Sage und Geschichte sind von unnatürlichen Verbrechen und groben Verletzungen der alten Sitte voll. Man darf nur an die Gräuelthaten im Hause der Merowinger erinnern. Die altindischen Veden sagen von dem Spieler, um sein trostloses Schicksal zu schildern, dass sogar Vater, Mutter und Brüder ihn verleugnen und gebunden fortführen lassen[21]). Bei den Griechen wurzelt der Grundgedanke der Odyssee in der Stärke der Familienbande: die Treue der Penelope überdauerte die lange Abwesenheit des Odysseus, und Telemach scheute sich, seine Mutter aus dem Hause zu treiben, obgleich er die Gewaltthaten der Freier dadurch vermeiden konnte[22]). Die

[18]) Wöluspa 45: Edda übers. von Simrock, 6. Aufl. S. 9, übers. von Holtzmann S. 23. Ich gebe auch die letztere weniger verbreitete Uebersetzung an, weil sie wörtlicher ist.

[19]) Tac. Germ, 19.

[20]) S. z. B. Edda das zweite Lied von Sigurd dem Fâfnirstödter 12, Holtzmann S. 378. Dem Reginn widerrät seine Schwester, seinen Bruder Fâfnir, der ihm sein Erbe entzogen hat, mit den Waffen anzugreifen. Charakteristisch für die Anschauung jener Zeit ist, wie Reginn diesen Rat befolgt: er beredet Sigurd Fâfnir zu tödten.

[21]) Rig-Veda 10, 34. V. 4.

[22]) Od. 2, 130 ff.

Verwandtenmorde im Hause des Pelops waren Frevel, welche nach dem Volksglauben immer wieder neues Unglück und neue Unthaten erzeugten. Die Sage von Orestes beruhte auf dem Widerstreit der Pflicht gegen den getödteten Vater zur Blutrache und der Pflicht gegen die Mutter, welche jenen ermordet hatte. Gleiche Anschauungen hatten die Römer. Romulus fühlte wegen der Ermordung seines Bruders nach der Erzählung von Dionysius die tiefste Reue, nach Servius soll sogar eine Pest die Folge des Brudermordes gewesen sein [23]). Der Schwestermord des Horatius musste, so sehr man auch geneigt war, ihn zu verzeihen, dennoch durch eine schimpfliche Strafe gesühnt werden. Die strenge Sitte erhielt sich auch in späterer Zeit. Der Volkstribun M. Pomponius hatte den Consul Manlius unter anderm deshalb angeklagt, weil er seinen Sohn auf dem Lande abgeschlossen halte und grausam behandle; der Sohn selbst erwirkte sich darauf Zugang zu dem Tribunen und zwang ihn zur Zurücknahme der Anklage [24]).

Der Eid ist ebenfalls uralt, sein eigentlicher Charakter lässt sich aber schwer feststellen. Häufig erscheint er als ein Aufruf der Götter zum Zeugniss, mit dem Nebengedanken, dass dann der Meineid sie beleidige und ihre Rache hervorrufe. Andrerseits finden sich aber auch Eide bei den verschiedensten Dingen, selbst bei leblosen Sachen, z. B. in der Edda bei Schiffes Bord und Schildes Rand, bei Rosses Bug und Schwertes Spitze [25]). Endlich schwören, namentlich bei Griechen und Germanen, die Götter selbst.

---

[23]) Dionys. 1, 57. Servius Aen. 1, 276.

[24]) Livius 7, 4.

[25]) Wölunders Lied V. 31. Grimm Edda S. 131. Vgl. l. 3. § 4. l. 4. l. 5 pr. § 1 D. 12. 2, einen Schwur beim eignen Haupte, bei der eignen Gesundheit. Die alten Slaven schwuren auf ihre Waffen und bei Perun. Macieiowski Slavische Rechtsgeschichte übers. von Buss und Nawrocki II S. 101. * Vgl. die Eidesformeln bei Grimm R. A. S. 50—54, übrigens auch Ed. Chilperici reg. c. 4 (Monum. Germ. Leg. II S. 6). S. Schulte Rechtsgeschichte S. 405 A. 2. *

Nach den Veden bestrafte Indra die Wortbrüchigen[26]. Die Wöluspa lehrt, dass die Meineidigen nach ihrem Tode in der Unterwelt durch Ströme von Gift waten müssen[27]. Die Vertragstreue der Germanen erregte die besondere Bewunderung des Tacitus[28], und in ihren Liedern wird vielfach vor Eidbrüchen gewarnt[29]. Trotzdem waren diese ebenso wenig selten wie Verwandtenmorde, auch von deutscher Treue weiss die Sage manches Ungünstige zu berichten. Selbst die Götter brachen Eide[30], und die dereinstige Folge davon ist der grosse Weltuntergang. Die Römer beschworen ihre ältesten Staatsverträge, Verletzungen scheinen bei ihnen selten gewesen zu sein. Bei Homer finden sich ebenfalls Eide, und zwar in einer besondern Form selbst für Götter. Sehr gross war aber offenbar ihre Heiligkeit schon bei den damaligen Griechen nicht, wenigstens glaubte Eumaios dem als Bettler verkleideten Odysseus, der seine eigene Rückkehr verkündigte, nicht einmal auf seinen Schwur, ohne dass das sehr freundschaftliche Einvernehmen beider dadurch getrübt wurde[31]. Abgesehen vom Eide muss aber der Begriff der Treulosigkeit und des Verrates in jener Zeit gänzlich unentwickelt gewesen sein. Wie hoch Homer die Begabung des Odysseus rühmt, Listen für sich zu ersinnen und bei andern zu entdecken, ist bekannt. Als ihm Kalypso auf Befehl des Zeus ihre Hülfe zur Rückkehr anbot, regte sich sogleich das Misstrauen in ihm. Der Mann, welcher den damaligen Umgangston so gut beherrschte und später durch seine Liebens-

---

[26]) Rig-Veda 1, 51, 9. 10, 27, 1.

[27]) Wöluspâ 43. Edda übers. von Simrock S. 9, von Holtzmann S. 23.

[28]) Tac. Germ. 24.

[29]) So Sigrdrîfumâl 23. Edda übersetzt von Holtzmann S. 407, von Simrock S. 187.

[30]) Gylfaginnîng 42. Simrock S. 275 f. Wöluspâ 30. Simrock S. 7. Holtzmann S. 21. — * Vgl. Freund Lug und Trug S. 82 und den von diesem citirten Grimm Zeitschr. für gesch. Rechtsw. II S. 89. 90. *

[31]) Od. 14, 158 ff.

würdigkeit die Phaiaken vollständig für sich einnahm, zauderte nicht, seinen Verdacht, der uns sehr kränkend erscheinen würde, offen auszusprechen. Es muss in der That keine Beleidigung darin gelegen haben, denn die Göttin lobte seine Klugheit in sehr verbindlicher Weise und beschwichtigte seinen Argwohn durch einen Eid [32]). Nach Hesiod wird die Verletzung des Schwurs durch Unglück an dem Frevler und seinem Geschlecht bestraft [33]). Die Treulosigkeit und Falschheit der spätern Griechen ist bekannt, sie wird durch die Bewunderung, welche Dionysios der römischen Gewissenhaftigkeit zollt, und durch sein Erstaunen darüber, dass die meisten Rechtsstreitigkeiten nach Eiden entschieden würden, in eigenthümlicher Weise gekennzeichnet [34]).

Endlich hatten die Indogermanen ein sehr ausgebildetes Gastrecht. Bei den Germanen galt es nach Tacitus als Frevel, jemandem die gastliche Aufnahme in seinem Hause zu verweigern [35]). Die Edda giebt genaue Vorschriften über die Bewirtung des Fremden, indem sie mit grosser Sorgfalt aller Bedürfnisse desselben gedenkt [36]), fast noch genauer waren die Vorschriften der alten Walen [37]). Nach altgriechischer Anschauung war Zeus der Schirmherr der Heimatlosen; wenn sich aber auch alle bis zu den gewöhnlichen Bettlern, die schon damals häufig gewesen sein müssen, auf ihn berufen konnten, so machte man doch je nach der Persönlichkeit grosse Unterschiede: der Empfang des Odysseus bei den Phaiaken unterschied sich von der Behandlung, welche Iros bei den Freiern genoss, sehr wesentlich. Bei den Indern erstreckte

---

[32]) Od. 5, 159 ff.

[33]) Hesiod Ἔργα καὶ ἡμέραι 282 ff. 371 f.

[34]) Dion. 2, 75.

[35]) Tac. Germ. 21, s. Caes. bell. Gall. 6, 23. — * Vgl. Grimm R.-A. S. 399 ff. *

[36]) Hâwamâl 2—4. Edda übersetzt von Holtzmann S. 64, von Simrock S. 37.

[37]) Walter Das alte Wales S. 319 f. Die Vorschriften selbst füllen in sehr engem Druck S. 511—517.

sich die Pflicht der Gastfreundschaft auf jeden Armen, und Almosengeben war eine Haupttugend[38]).

Unzweifelhaft bildet die Achtung vor den Familienbanden die unerlässliche Vorbedingung für jede Gesittung, weil nur durch sie ein Zusammenleben möglich wird. Vielleicht ist sie ein gemeinsamer Charakterzug aller Menschen. Es bedarf aber nicht der Annahme eines besondern Triebes zur Veredlung, um ihre mächtige Entwicklung bei allen uns bekannten Völkern zu erklären. Ob der Einfluss des Kampfes ums Dasein stark genug ist, um neue Arten zu schaffen, kann füglich dahin gestellt bleiben, dass aber unter den Menschen Gemeinwesen mit weniger zweckmässigen Einrichtungen von besser geordneten Gesellschaften als den widerstandsfähigeren unterdrückt werden, ist unzweifelhaft. Innerhalb des einzelnen Stammes mussten diejenigen Familien, welche durch kein festes Band vereinigt waren, hereinbrechenden Unglücksfällen leichter unterliegen, und es konnte nicht ausbleiben, dass die unter sich verfeindeten Genossen bei der allgemeinen Rechtlosigkeit von den geschlossenen Geschlechtern im Laufe der Zeit vollständig ausgerottet wurden. Daher behaupteten sich nur die letzteren dauernd, und diese Thatsache erschien dem Volksglauben, je regelmässiger sie wiederkehrte, um so mehr als ein Beweis für das Walten höherer, geheimnissvoller Mächte. Fanden sich bei einem ganzen Stamme keine derartigen Familien, so war er seinen Nachbarn gegenüber nicht widerstandsfähig genug und musste schon zu einer Zeit untergehen, von der keine Kunde auf uns gelangt ist. Dasselbe gilt, obgleich zunächst in geringerem Masse, für die Gemeinden, welche ihrerseits wieder die Grundlagen des Staates wurden.

Nicht so einfach liegt die Frage bei der Heiligkeit der Eide und des Gastrechts, die übrigens auch viel weniger verbreitet ist. Es lässt sich nicht leugnen, dass ihre Beob-

---

[38]) Rig-Veda 10, 117, 1—3. 5. 6. Yâjn. 1, 107—109.

achtung dem Einzelnen und noch mehr dem ganzen Volke grosse Vortheile bringen musste, ihr Nutzen ist aber ungleich geringer als eine enge Vereinigung der Familien. Jedenfalls liegt auch hier keine besondere Eigenthümlichkeit der Indogermanen vor.

§ 7. Grenzen des Gebiets der Sittlichkeit.

Zu den besprochenen sittlichen Grundanschauungen mag noch einiges, z. B. der Abscheu vor Ehen zwischen nahen Verwandten, hinzugekommen sein, viel weiter können sie sich aber nicht erstreckt haben. Es ist namentlich unerlaubt, heutige Ansichten ohne weiteres auf frühere Zeiten zurückzuübertragen, die Neigung dazu ist freilich allgemein verbreitet und pflegt auch spätere Berichte zu fälschen. Aus diesem Grunde sind nur gleichzeitige Zeugnisse unbedingt glaubwürdig, und leider fehlen uns solche für die ältere römische Geschichte vollständig.

Für die Auffassungen der Griechen geben uns dagegen die Homerischen Heldengedichte hinreichende Anhaltspunkte. Handlungen, welche wir für die schwersten Verbrechen halten, forderten damals nur die Rache des Verletzten und seiner Freunde heraus, machten aber den Thäter der Achtung und des Wohlwollens unbetheiligter Personen nicht unwürdig, und erregten auch nach dem Volksglauben keineswegs immer den Zorn der Götter. Der Verletzer beging keinen Rechtsbruch, sondern setzte sich lediglich einer Gefahr aus; glaubte er derselben entgehen zu können, so bestand kein weiteres Hinderniss für ihn.

Das galt vor allem für die Tödtung. Odysseus erzählte als hülfesuchender Bettler, dass er wegen eines Meuchelmords habe fliehen müssen, und das Benehmen des Eumaios, der von Homer als durchaus brav geschildert wird, bewies deutlich, dass er in der That keinen Anstoss daran nahm. Telemach gewährte dem Mörder Theoklymenos ohne Bedenken Schutz

in seinem Schiffe und machte ihn zu seinem Gastfreunde [39]). In beiden Fällen handelte es sich um Tödtung von Volksgenossen. Noch weniger Scheu vor Verletzungen der Persönlichkeit hatten die Freier, welche allerdings als gewaltthätig und übermütig dargestellt werden. Bei dem Kampfe zwischen Odysseus und Iros drohte Antinoos dem Letzteren, er wolle ihn, wenn er unterliegen sollte, zu dem Könige Echetos schicken, welcher alle Fremden auf barbarische Art hinrichten liess. Er that das, ohne beleidigt worden zu sein; gleichwohl beweist die Furcht des Iros, dass es sich um mehr als einen blossen Scherz handelte, und als Odysseus siegte, erklärten die Freier auch wirklich, das Vorhaben von Antinoos ausführen zu wollen [40]).

Beschädigungen am Vermögen wurden natürlich nicht schlimmer angesehen als am Leben. „Die Freier feinde ich ihrer Gewaltthaten wegen nicht an,“ ruft Mentor in der Volksversammlung der Ithakesier, „denn sie wagen ihre Köpfe, wenn sie das Vermögen des Odysseus räuberisch vergeuden, in der Meinung, dass er nicht zurückkehren wird.“ Einer der Freier, Eurymachos, geht von einer ganz ähnlichen Anschauung aus. „Ich glaube nicht,“ sagt er, „dass wir eher vom Freien ablassen werden, denn wir fürchten überhaupt niemanden, auch Telemach nicht, trotz seiner vielen Worte, und kümmern uns auch nicht um Wahrsagungen“ [41]). Homer erzählt auch von Autolykos, dem mütterlichen Grossvater des Odysseus, indem er ihm das Beiwort ἐσθλός giebt, zu seinem Ruhme, er habe sich vor allen Menschen durch Diebssinn (κλεπτοσύνη) ausgezeichnet, dieser sei ihm auf sein Opfer von Hermes verliehen worden [42]).

Die Rechtlosigkeit aller Fremden ist abgesehen von den durch die Sitte geschützten Gastfreunden in dieser Zeit selbstverständlich. Der Raub gilt bei Homer als rechtmässiger

[39]) Od. 13, 256 ff. 15, 271 ff. 508 ff., vgl. diese Zeitschr. I S. 6 f.
[40]) Od. 18, 83 ff.
[41]) Od. 2, 235 ff. 2, 198 ff.
[42]) Od. 19, 394 ff.

Erwerbsgrund so gut wie der Kauf[43]), Raubzüge sind häufig und selbst für Fürsten keineswegs schimpflich[44]).

Bei den Germanen war es nicht anders. Der vielgepriesene Held Sigurd erschlug Fâfnir auf Anstiften von dessen Bruder Reginn, ohne selbst beleidigt zu sein, in einer Weise, die wir nur als Meuchelmord bezeichnen können, und erhielt davon den ehrenden Beinamen Fâfnirstödter. Gleich darauf tödtete er den Reginn, dem er viel verdankte, und mit dem er als Freund lebte, auf den Rat der Vögel, deren Sprache er verstand, im Schlafe, damit er nicht etwa seinen Bruder rächen möchte[45]). Auch diese That wird durchaus nicht getadelt, der weise Gripir weissagt ihm, obgleich er sie wohl vorhersieht: „das Leben ist dir nicht mit Lastern gelegt“[46]). Es ist unnöthig, die vielen andern Mordthaten zu erzählen, welche die Sage wie etwas Gewöhnliches berichtet. Selbst die Schilderungen Gregors von Tours zeigen noch keine grosse Verschiedenheit von diesem ursprünglichen sittlichen Zustande. Dass der Raub an auswärtigen Stämmen sogar für besonders ehrenvoll galt, ist bekannt[47]).

Mit zunehmender Gesittung mussten sich diese Ansichten notwendig ändern, sonst hätte das Gemeinwesen nie erstarken können; für die Beurtheilung der ältesten Rechtsbildung ist es wichtig, dass die Umwandlung erst in später Zeit begann.

§ 8. Die Vorstellungen von den Göttern.

In nahen Beziehungen zur Sittlichkeit steht die Religion, ohne in ihr aufzugehen. Die vergleichende Mythologie und die vergleichende Sprachwissenschaft weisen auf einen gemeinsamen indogermanischen Volksglauben zurück. Die Götter heissen unsterblich, anmarta (sanskrit amrita, griechisch

[43]) Od. 1, 398 vgl. 1, 430.

[44]) s. z. B. Od. 14, 229 ff.

[45]) Edda Fâfnismâl. Holtzmann S. 388 ff.

[46]) Edda das erste Lied von Sigurdr dem Fâfnirstödter 23 vgl. 11. Holtzmann S. 362 bez. 360.

[47]) Caes. bell. Gall. 6, 23.

ἄμβροτος) oder anmartia (sanskrit amartya, griechisch ἀμβρόσιος) im Gegensatz zum Menschen, welcher marta (griechisch βροτός) oder martia (nur im Sanskrit und Altpersischen erhalten) genannt wurde. Sie haben die Bezeichnung kvanta (eigentlich stark, später heilig), die sich in der Zendsprache, im Litthauischen und im Kirchenslavischen wiederfindet. Der oberste Gott war diaus patar d. h. wörtlich Vater Himmel (sanskrit dyaush pitar, griechisch Ζεῦ πάτερ, lateinisch Jupiter oder auch Diespiter). Der Regen- und Gewittergott führte den Namen parkana (sanskrit parjanya, litthauisch Perkunas), und endlich ein andrer Gott den Namen trita (sanskrit trita, griechisch Τριτός in Τριτογένεια und andern Zusammensetzungen). Die Götter insgesammt bezeichnete man als Zutheiler, bhaga (erhalten im Sanskrit, im Altpersischen, in der Zendsprache und im Kirchenslavischen[48]) und nannte sie die Geber des Guten, dâtaras vasuâm, ein Ausdruck, der noch in den Veden und der Zendsprache sowie im Griechischen des Homer (δοτῆρες ἐάων) vorkommt[49]).

Ursprünglich blosse Personifikationen von Naturkräften und zur Erklärung von Naturvorgängen angenommen, wurden die Götter allmählig zu menschenähnlichen Wesen. Neben überirdischer Macht wurden ihnen menschliche Neigungen und Leidenschaften beigelegt. Die Götter der Germanen brachen, wie wir gesehen haben, Eide, und Loki konnte ihnen und den Göttinnen in einem Eddaliede sehr unheilige Skandalgeschichten vorwerfen[50]); die Götter der Griechen begingen Ehebruch, Vater- und Kindesmord; die Inder sagen, dass auch die Götter nicht gut handeln würden, wenn nicht die Furcht vor der Strafe wäre, und ihr Götterkönig Indra verübte Verrat und andere Vergehen[51]).

[48]) Fick Vgl. Wörterbuch I S. 13. 172. 60. 109. 143. 96. 154.

[49]) Fick Spracheinheit S. 276.

[50]) Oegisdrecka. Simrock S. 71 ff. Holtzmann S. 193 ff.

[51]) s. Holtzmann Indra nach den Vorstellungen des Mahâbhârata, Zeitschr. d. deutsch. morgenl. Gesellschaft. Bd. 32 S. 293. 297. 307, namentlich auch die Charakteristik von Indra S. 336.

Die Verehrung höherer Wesen ist deshalb ursprünglich weniger eine sittliche Pflicht als eine Klugheitsregel; das Opfer ist ein Genuss für sie und verbindet sie ihrerseits gewissermassen zur Vergeltung. In den altindischen Veden tritt diese Anschauung in aller Urwüchsigkeit auf. „Der Heilige merkt auf den, der mehr ihm zutheilt“ [52]), sagt der Sänger. „Wir dienten dir,“ ruft der fromme Beter, „damit du viel uns schenken sollst, recht grosses du uns schenken sollst“ [53]). An Agni wendet er sich mit den Worten: „Wärst du an meiner Stelle und ich an deiner, so würde dein Gebet erfüllt“ [54]), „hunderttausend Gaben sind dir Tag und Nacht aufgeschichtet, wenn du dem Sänger Güter schenkst“ [55]). Aehnlich bei den Griechen. Der von Agamemnon beleidigte Priester fleht zum Apollo: „Wenn ich dir jemals fette Schenkel von Stieren und Ziegen verbrannt habe, so erfülle meine Bitte“ [56].) „Hat dir nicht Odysseus viele Opfer bei den Schiffen der Athener in Troja gebracht,“ fragt Athene Zeus, „weshalb zürnst du ihm denn so sehr?“ Und der Angeredete erwidert: „Wie sollte ich des Odysseus vergessen, welcher vor allen Sterblichen klug ist und vor allen den unsterblichen Göttern Opfer gebracht hat“ [57]).

Die Rache der Götter unterscheidet sich begrifflich nicht von der der Menschen. Sie rächen einerseits nicht jedes Unrecht und andrerseits selbst sittlich berechtigte Handlungen, wenn sie sich durch dieselben persönlich verletzt fühlen. Die

---

[52]) Rig-Veda 2, 14, 10.

[53]) Rig-Veda 8, 46, 25. Vgl. 2, 38, 1. 3, 30, 20. 4, 6, 11. 4, 17, 18. 4, 20, 10. 4, 24, 6 u. 7; 25, 5—7; 33, 11; 44, 4 u. 6. 5, 28, 2; 34. 6, 2, 5; 15, 11; 45, 12; 59, 4; 7, 61; 7, 16, 12; 32, 6; 32, 8 u. 9; 56, 15; 90, 2; 91, 3; 101, 6. 8, 2, 14; 4, 4; 14, 3 u. 15; 19, 5 u. 6; 23, 21; 24, 18; 31, 1—4. 1, 54, 8; 116, 25. 10, 27, 1; 49, 1 u. s. w.

[54]) Rig-Veda 8, 44, 23 ebenso 8, 19, 25. u. 26.

[55]) Rig-Veda 8, 45, 12.

[56]) Il. 1, 40 ff.

[57]) Od. 1, 60 ff. Wegen ihrer sorgfältigen Opfer will er auch Il. 4, 43 ff. die Trojaner schonen.

Blendung des Polyphem durch Odysseus war gewiss kein Vergehen, sie würde selbst heute als Handlung der Notwehr erlaubt sein, dennoch verfolgte Poseidon den Thäter durch lange Jahre mit seinem Hass.

Nur in so fern erhob sich der göttliche Zorn über den menschlichen, als die Aussichtslosigkeit jedes Widerstandes die Furcht vor der verbotenen Handlung grösser machte, und wenn sie einmal geschehen war, den Gedanken an eine freiwillige Sühnung besonders nahe legte. Aus diesem Grunde war aber auch die Rückwirkung auf die Gemeindegenossen stärker. Mochte schon mit den Feinden eines mächtigen Mannes niemand Gemeinschaft haben, um nicht etwa selbst seiner Rache zu verfallen, so musste man sich erst recht scheuen, mit dem Frevler in Berührung zu kommen. Wenn sich daher vielleicht auch niemand gewaltsam gegen ihn verging, so fügte ihm doch schon das Misstrauen aller und die Erwartung, dass er in längerer oder kürzerer Zeit dem Strafgerichte verfallen werde, empfindliche Nachtheile zu. Jeder Unglücksfall, jede Gefahr erschien als göttliche Fügung, und man wagte es nicht leicht, derselben entgegen zu treten, indem man den Betreffenden unterstützte. Diese Anschauung wird durch eine Erzählung der Odyssee sehr gut gekennzeichnet. Aiolos hatte Odysseus gastfreundlich aufgenommen, und ihm bei seiner Abreise die widrigen Winde in einem Schlauche verschlossen mitgegeben, um seine glückliche Heimkehr zu sichern. Während aber Odysseus schlief, öffneten seine Gefährten den Schlauch, die Winde wurden frei und trieben das Schiff zurück. Als er nun zu seinem Wirte zurückkehrte, schloss dieser aus seinem Missgeschicke, er müsse dem Zorn der Götter verfallen sein, und vertrieb ihn mit Scheltworten von der Insel, weil er einem Feinde der Götter kein Geleit geben dürfe[58]).

Ebenso vortheilhaft war es umgekehrt, als Schützling

[58]) Od. 10, 72 ff.

der Götter angesehen zu werden. Die meisten Helden galten bei Homer dafür, und das Beiwort φίλος ἀθανάτοισι θεοῖσι war eine hohe Ehrenbezeichnung. Als die Versammlung der Ithakesier über die Rache an Odysseus wegen Ermordung der Freier beriet, mahnte Mentor dringend ab und begründete dies lediglich durch die Behauptung, dass ein Gott jenem sichtbar bei der That geholfen habe. Als dann auch noch Halitherses das Volk warnte, einzuschreiten und so das Unglück auf sich herab zu ziehen, machte er einen hinreichenden Eindruck, um die Mehrzahl sogleich abzuschrecken. Die spätere Niederlage der Minderheit, welche nicht gehorchte, erschien darauf folgerecht als eine Wirkung göttlichen Einflusses [59]).

§ 9. Berührungspunkte von Recht, Religion und Sittlichkeit.

Schon früh näherte sich die Religion der Sittlichkeit. Die Unvermeidlichkeit der göttlichen Strafen entsprach den bösen Folgen unsittlicher Handlungen. Gemeinsam war beiden ferner die Furcht, dass auch die Genossen des Thäters und unter Umständen die ganze Gemeinde mitbetroffen werden könnte. Grosse Unglücksfälle, Krieg, Krankheiten u. s. w. wurden in der Regel auf solche Ursachen zurückgeführt. Nach der griechischen Sage erregte die blutschänderische Ehe des Oidipus und ebenso der Frevel des Agamemnon gegen den Priester des Apollo eine Pest. Eine Pest war in Rom die Folge des Brudermordes des Romulus, und die Manen des Getödteten mussten versöhnt werden [60]). So fürchtete auch Tullus Hostilius, welcher sonst nicht als sonderlich fromm geschildert wird, durch Freisprechung von Horatius sein eignes Haus an dem Frevel zu betheiligen, er überliess daher das Urtheil dem Volke und hielt es später

[59]) Od. 24, 443 ff.

[60]) Seru. Aen. 1, 276.

für nötig, die Götter wegen der Unthat feierlich in der Form zu versöhnen, wie es bei unfreiwilligen Tödtungen zu geschehen pflegte [61]). Die Inder fürchteten vor allem längere Regenlosigkeit, nach ihrem Glauben trat sie ein, wenn der König schlecht war [62]).

Einen weitern Schritt that man, indem man begann, die Götter als Schirmherren gewisser sittlicher Beziehungen, namentlich der Familie und des Gastrechts zu betrachten [63]). Man gewann dadurch zugleich eine Erklärung für die Verbindlichkeit von diesen. Sittlichkeit und Religion flossen zusammen, und hier zeigte sich das deutliche Bestreben, eine vollständige Vereinigung herbeizuführen, indem man die Gebote der Sittlichkeit auch von Seiten der Religion aufstellte [64]), und umgekehrt die Verehrung der Götter als eine Forderung der Sittlichkeit auffasste. Die Gestalten der Götter, wie sie der Volksglaube geschaffen hatte, waren nicht rein genug [65]), um die gänzliche Verschmelzung zu gestatten; selbst bei den Indern konnte sie nur so geschehen, dass man eine über den persönlichen Göttern stehende Weltordnung annahm, und in dieser Religion und Sittlichkeit aufgehen liess.

Aus jenen Vereinigungsversuchen ist aber bei den Griechen der Begriff der *θέμις* hervorgegangen. Er umfasste die Regeln der damaligen Sitte, welche sich noch nicht von der Sittlichkeit abgesondert hatte, namentlich die Familienbeziehungen

---

[61]) Dionys. 3, 22.

[62]) Holtzmann a. a. O. Zeitschr. d. deutsch. morgenl. Ges. S. 315. Charakteristisch ist der Fall, wo sie eintrat, weil der König einen Brahmanen betrogen hatte.

[63]) S. z. B. Od. 2, 134 ff. 9, 270.

[64]) Od. 14, 83 f. οὐ μὲν σχέτλια ἔργα θεοὶ μάκαρες φιλέουσιν, ἀλλὰ δίκην τίουσι καὶ αἴσιμα ἔργ᾽ ἀνθρώπων. S. auch Od. 14, 284. — Platner Notiones iuris et iustitiae ex Homeri et Hesiodi carminibus explicitae S. 35 ff. Besonders treten die Erinnyen in dieser Beziehung hervor. Platner Not. 29 ff.

[65]) Bei Homer Il. 4, 85 ff. verleitet z. B. Athene den Pandaros zum Vertragsbruche.

und die Gastfreundschaft[66]), und erstreckte sich selbst auf die Umgangsformen[67]). Auch das Recht, welches damals im ersten Anfange seiner Entwicklung war, wurde mit hereingezogen. *Θέμιστες* waren Satzungen, welche Zeus für das Zusammenleben der Menschen gegeben hatte, und welche sich vorzüglich auf die Gemeinde und ihre Versammlungen bezogen, die deshalb auch unter der Themis besonderem Schutze standen[68]). Ihre Handhabung lag den Fürsten ob, und sie waren das unterscheidende Merkmal zwischen gesitteten und ungesitteten Völkern[69]). Wir finden also einen Begriff, welcher dem indischen dharma ganz genau entspricht.

Den Unwillen wegen Verletzung der *θέμιστες* bezeichnet Homer mit dem Worte *νέμεσις*. Tadel (*νέμεσις*) der Menschen und Zorn der Götter werden häufig zusammengestellt. „Weder die Götter fürchtend noch irgend einen Tadel der Menschen", sagt Odysseus von den Freiern. Telemach zählt als Nachtheile, welche ihm die Vertreibung seiner Mutter aus dem Hause bringen würde, Rache von ihrem Vater, Strafe der Erinnyen und Tadel der Menschen auf[70]). Auch die damaligen Freigeister, welche über Vogelflug und Wahrsagungen spotteten und den Zorn der Götter nicht sonderlich achteten, hatten Ursache, diese *νέμεσις* wegen der schweren gesellschaftlichen Folgen, welche sie mit sich führte, zu fürchten. Hoffte Mentor doch selbst von den Freiern, dass sie sich

---

[66]) Od. 9, 268.

[67]) Od. 16, 91.

[68]) Ilias 1, 237 ff. . . . . νῦν αὖτέ μιν υἷες Ἀχαίων
ἐν παλάμῃς φορέουσι δικασπόλοι, οἵτε θέμιστας
πρὸς Διὸς εἰρύαται . . . . .
Ilias 9, 98 f. . . . . καί τοι Ζεὺς ἐγγυάλιξεν
σκῆπτρόν τ' ἠδὲ θέμιστας, ἵνα σφίσι βουλεύῃσθα.
Od. 2, 68 f.

[69]) Od. 9, 112 ff.

[70]) Od. 22, 39 ff. 2, 134 ff. Eine ähnliche Zusammenstellung 2, 64 ff. s. auch 2, 101.

durch die blosse Missbilligung des Volkes von ferneren Gewaltthaten abhalten lassen würden [71]).

3. Die Selbsthülfe.

§ 10. Die Selbsthülfe auf der ältesten Bildungsstufe.

Verletzungen der Person und des Eigenthums galten ursprünglich weder für unsittlich noch für gottlos. Aber jeder hatte gewissermassen die Pflicht gegen sich selbst, sich durch eigene Macht zu verschaffen, was er für Recht hielt, und alle Verletzungen in gleicher Weise zu rächen. Sich dem zu entziehen war schimpflich, und abgesehen vom Ehrenpunkte riet schon die Klugheit, nicht nur den gegenwärtigen Angriff zurückzuweisen, sondern auch den vergangenen zu erwidern, um andere von ähnlichen Handlungen abzuschrecken und zugleich die Achtung, die in jenen rohen Zeiten wesentlich auf der Thatkraft beruhte, bei den Genossen wiederherzustellen. Wer selbst nicht mächtig genug war, der fand in seinen Freunden und Verwandten Helfer oder musste sich nach anderweitigem Beistand umsehen.

Von den Mitteln, etwas Geschuldetes zu bekommen, haben wir in den alten Sagen wenig Nachrichten. Dagegen tritt in den ersten Zeiten des Gemeinlebens die Rache hervor, und da das ungeschulte Rechtsbewusstsein überhaupt geneigt ist, jede Weigerung einem Rechte zu genügen als eine Verletzung aufzufassen und ausser dem Zwange zur Erfüllung auch Rache zu üben, so ging damals die Selbsthülfe fast in dieser auf.

An Selbsthülfe dachte jeder Beleidigte zuerst. Athene in der Gestalt des Mentor ermahnte Telemach, die Freier mit List oder Gewalt zu tödten, dieser selbst entschuldigte sich in der Volksversammlung mit seiner Schwäche, dass er sich nicht vertheidigen könne [72]), Odysseus ging, als er sich

[71]) Od. 2, 240 f.

[72]) Od. 1, 294 ff. Od. 2, 60 f.

stark genug fühlte, ohne Zögern an die Ermordung. Auch bei den Germanen bestand die Rache, und Rechtssachen wurden mit den Waffen ausgemacht [73]).

Am schärfsten ist die alte Anschauung in der Blutrache ausgebildet, welche sich weit über den Kreis der indogermanischen Völker hinaus verbreitet findet, und sich bisweilen bis in die geschichtliche Zeit erhalten hat [74]). Sie erzeugte nach altgriechischen Sagen die Mordthaten im Atreidenhause bis zur Ermordung der Klytaimnestra durch ihren eignen Sohn. Homer kannte sie ebenfalls: dem Theoklymenos setzten die Brüder und Gefährten (*κασίγνητοί τε ἔται τε*) des von ihm Ermordeten nach [75]). Ihre Entwicklung bei den Germanen ist bekannt [76]), die alten Walen übten sie, indem sie Morde mit einer gleichen Anzahl von Tödtungen an dem Geschlecht des Mörders vergalten [77]), bei den Russen wurde sie sogar noch ums Jahr 1000 bestätigt und neu geordnet [78]).

Es war der grösste Schimpf, ungerächt zu fallen, schwere Verbrecher durften dagegen noch nach mehreren älteren Rechten straflos erschlagen werden. So gestattete eine alte Strafformel des nordischen Rechts, Diebe zu tödten „unvergolten (ugildan) den Erben, der Kirche und dem Könige“ [79]). Bei

---

[73]) Tac. Germ. 21.

[74]) Ewers Das älteste Recht der Russen S. 50 ff. und die dort angeführte Stelle aus der „allgemeinen Encyklopädie der Wissenschaften und Künste“ von Ersch und Gruber XI 89—93 über die Verbreitung der Blutrache.

[75]) Od. 15, 273.

[76]) Ueber Entwicklung der Selbsthülfe und namentlich der Blutrache bei den Germanen s. Dahn Rechtsgang und Fehdegang, ferner Grimm R.-A. S. 288 ff. Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte 2. Aufl. I S. 66 ff.

[77]) Walter Wales S. 138 u. die Anm. 1 das. angeführten Nachrichten.

[78]) Ewers S. 264: Erschlägt der Mann einen Mann, so räche der Bruder den Bruder oder der Sohn den Vater oder der Vater den Sohn oder der Brudersohn oder der Schwestersohn. Vgl. ebend. S. 273.

[79]) Angeführt bei Grimm Poesie im Recht, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. II S. 43. Vgl. L. Fris. t. 5. Wilda S. 701 ff.

Homer ruft Telemach den Freiern drohend zu: „Busselos mögt ihr im Hause fallen“ [80]). Die Orestessage setzt dieselbe Anschauung voraus. Selbst im altrömischen Rechte findet sich diese, so stark auch im übrigen bereits andere Rechtsideen in den Vordergrund treten. Gewisse Verbrecher wurden noch in der Republik jedem preisgegeben, so im Anfange derselben, nämlich im Jahre 245 der Stadt, Beamte, welche die Provokation nicht beachteten [81]), und etwas später Personen, welche die Volkstribunen verletzten.

War der Beschädigte ein mächtiger Mann, so blieb dem Thäter nur übrig zu fliehen, und dies scheint zur Zeit Homers nicht selten gewesen zu sein [82]). Der Schwache griff zur List, ohne es für eine Schande zu halten. „Siehe, wie du die Freier in der Wohnung tödtest, mit List oder offen,“ sagt Athene in der Gestalt des Mentor zu Telemach und hält ihm als rühmliches Beispiel Orestes vor [83]). Als Odysseus sich für einen flüchtigen Kreter ausgab, erzählte er, er habe dem Orsilochos, welcher ihn von der trojanischen Beute ausschliessen wollte, mit einem Gefährten nächtlich aufgelauert und ihn erschlagen. Die Klugheit gebot daher, niemanden ohne besonderen Grund zu beleidigen, und der Besitz und das Leben genossen auf diese Weise eines gewissen Schutzes.

Die zugefügte Verletzung konnte man im Einverständniss mit dem Verletzten sühnen und dadurch die Rache vermeiden. Solche Busse boten die Freier dem zurückgekehrten Odysseus an, die Atreiden forderten sie von den Trojanern für die Entführung der Helena [84]). Auch die Sühnung eines Mordes durch Zahlung eines Blutgeldes an die Familie des Getödteten war den Griechen zur Zeit Homers bekannt [85]), ebenso wie

---

[80]) Od. 2, 143 ff.

[81]) Dionys. 5, 70.

[82]) s. z. B. Od. 13, 256 ff. 15, 271 ff.

[83]) Od. 1, 293 ff.

[84]) Od. 22, 54 ff. Ilias 3, 285 ff. Vgl. Platner Not. S. 115 ff.

[85]) Ilias 9, 632 ff. 18, 497 ff.

den alten Germanen, Slaven und Walen, bei denen sie sich als Wehrgeld zu einer festen Rechtsbildung erhob. In der Ursprache muss sich der Begriff der freiwilligen Sühnung mit dem der erzwungenen d. h. der Rache vermischt haben: ein Wort ki bedeutete zugleich büssen und sich rächen, daraus wurde im Sanskrit ci sich rächen, im Griechischen τίνω büssen und τίνομαι sich rächen. Abgeleitet davon war kiti; sanskrit citi, in der Zendsprache cithi, im Griechischen τίσις, und apakiti, sanskrit apaciti, griechisch ἀπότισις [86]).

Was jemand als Verletzung ansehen wollte, hing von seinem eignen Urtheile ab. Aber selbstverständlich wurde er von der Meinung der Gemeindegenossen beeinflusst, und so rächte man gewisse Handlungen wie Raub, Mord und Diebstahl gewiss regelmässig, weil es für schimpflich angesehen wurde, sie ruhig zu ertragen [87]). Namentlich galt die Uebung der Blutrache als Pflicht. Für die Griechen beweist das die Orestessage hinreichend, bei den Germanen haftete auf den nächsten Verwandten des Getödteten ein Makel, wenn sie die Rache unterliessen [88]). Auch das Mass der Vergeltung stand bei dem Verletzten, wenn er siegte, und sie ging meistens sehr weit. Ob sie aber überhaupt gelang, war ebenso ungewiss wie heute der Ausgang eines Duells. Der Schwächere wird daher selten offen als Angreifer aufgetreten sein, sondern entweder geduldet oder durch List vergolten haben; als Angegriffener konnte er die Hoffnung auf Rettung nur in einer Sühnung finden.

Der Verletzte erhielt auf diese Weise streng genommen kein Recht, welches er nicht schon gehabt hätte. Die Rache war ihm zwar durch die Selbstachtung geboten, unterschied sich aber ihrem Wesen nach nicht von dem ersten Angriff, durch welchen sie hervorgerufen war: für ihre Ausübung

---

[86]) Fick Vergleichendes Wörterbuch 3. Aufl. I S. 34.

[87]) Wilda Strafrecht der Germanen S. 211.

[88]) So noch in einer verhältnissmässig jungen Volkssage, s. Maurer Isländische Volkssagen S. 303, ferner Wilda S. 212.

war selbst wieder eine Rache möglich. Nach Homerischer Anschauung war die Ermordung der Freier durch Odysseus in Folge ihrer Gewaltthätigkeiten durchaus gerechtfertigt: Mentor, Menelaos und Athene in der Gestalt des Mentes erklärten sie für unumgänglich, Telemach hatte in offner Volksversammlung ausgesprochen, dass er an sie denke, die Freier selbst hielten dies für selbstverständlich und glaubten nur, durch ihre Zahl und Macht sogar dann gesichert zu sein, wenn Odysseus zurückkehren sollte [89]). Trotzdem versuchten später ihre Verwandten, sie zu rächen und bewogen sogar eine grosse Anzahl aus dem Volke, sich ihnen anzuschliessen [90]). Der erdichtete Mord, welchen Odysseus bei seiner Ankunft in Ithaka der Athene erzählte, war ebenfalls eine Rachehandlung, dennoch gab er vor, aus Furcht geflohen zu sein. Auch die Blendung des Polyphem erregte, obgleich sie berechtigt war, den Zorn des Poseidon. Eine Verletzung konnte daher eine Reihe neuer Verletzungen hervorrufen, deren jede die Rache einer vorhergegangenen war. Wir finden eine Kette von Mordthaten, welche so veranlasst sind, z. B. in der Atreidensage, und es sollen selbst noch heute bei halbwilden Volksstämmen wie den Corsen derartige Fälle vorkommen.

Trotzdem erschien es dem Indogermanen nicht einfach so, als ob die Verwirklichung des Rechts lediglich blindem Zufalle anheimgegeben wäre. Denn der Ausgang des Streites hing von dem Willen der Götter ab, und je mehr diese im Volksglauben zu Schützern des Rechtes wurden, um so mehr musste sich zugleich der Kampf zum Gottesurtheil ausbilden. Dass die Anschauung uralt ist, beweist z. B. die Hülfe der Athene bei der Ermordung der Freier durch Odysseus. Sie zeigt sich auch bei denjenigen Völkern, welche den Zweikampf zwischen Bürgern beseitigt haben, in der Auffassung des Krieges. Hierher stammt die ängstliche Beobachtung

---

[89]) Od. 1, 294 ff. 2, 235 ff. 2, 143 ff. und andere Stellen.

[90]) Od. 24, 412 ff.

völkerrechtlicher Satzungen bei Griechen und Römern, und es erklärt sich zugleich die eigenthümliche Sitte, Verträge abzuschliessen, nach welchen statt der Völker nur Einzelne kämpfen sollten [91]).

§ 11. Ueberbleibsel der Selbsthülfe in spätern Rechten.

Die ungerächte Beleidigung war für den Beleidigten eine Schande und ist es in den meisten Fällen nach dem Volksbewusstsein bis auf den heutigen Tag. Die Zähigkeit, mit welcher sich diese alte Ansicht gerade bei den Germanen behauptet, ist um so bemerkenswerter, als die Religion ihr jahrhundertelang mit aller Kraft entgegenzutreten versuchte. Sie hat den weitverbreiteten Trieb erzeugt, einen Anspruch auf dem Rechtswege mit allen gesetzlichen Mitteln zu verfolgen, und ist so für die Entwicklung sehr wertvoll geworden, bisweilen aber freilich auch zu der Streitsucht ausgeartet, wie sie sich namentlich in manchen Bauerngemeinden ganz allgemein finden soll [92]). In andern Kreisen hat sie sich sogar noch in ihrer ursprünglichen Gestalt bei dem Duell erhalten. Für völkerrechtliche Beziehungen tritt sie vollens mit dem Anspruch unbedingter Berechtigung auf, hier wagt man ihre Anwendbarkeit nicht einmal zu bestreiten.

Freilich kann die unbedingte Selbsthülfe in dieser regellosen Form nicht bestehen bleiben, sobald sich ein geordnetes Gemeinwesen entwickeln soll; die Staatsgewalt macht sich allmälig geltend, sie giebt Regeln für die Art der Selbsthülfe und der Vertheidigung, sie bestimmt die Fälle, in welchen

---

[91]) Schwegler Römische Geschichte I S. 586. Anm. 1. Zahlreiche Beispiele von Zweikämpfen, die an Stelle von Schlachten verabredet wurden, sind aufgezählt ebend. Anm. 2, vgl. Grimm R.-A. S. 934. Bei den Germanen wurde diese Sitte noch häufiger geübt. Grimm R.-A. S. 928 f., vgl. Siegel Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens S. 203.

[92]) Ihre guten Seiten sind von Ihering „Kampf ums Recht“ hervorgehoben worden.

beide zulässig sind, und behält sich im Zweifel die endgültige Entscheidung darüber vor; sie begrenzt endlich die Ansprüche des Klägers, indem sie ihm befiehlt, mit einer bestimmten Sühne, einem bestimmten Ersatze zufrieden zu sein. Hierher gehören die römischen Regeln über Verhaftung und Pfändung des Schuldners und über die Notwendigkeit, sich durch einen Anwalt zu vertheidigen, die deutschen über Zulässigkeit der Fehde und der Pfändung. Ebenso beruhte das Wehrgeld bei Germanen, Slaven und Walen, der mehrfache Ersatz gestohlener Sachen und die Geldstrafen für Beleidigungen bei den Römern auf einer und derselben Rechtsidee.

Das nächste Ziel besteht in der Aufhebung der Selbsthülfe. Obgleich alle Völker bei zunehmender Gesittung notwendig darauf hingedrängt wurden, ist es dennoch niemals vollständig erreicht worden. Aeltere Rechte namentlich zeigen Ueberbleibsel des früheren Zustandes in reichlichem Masse, Rache und Selbsthülfe sind in vielen Fällen erlaubt und zwischen beiden besteht nicht einmal ein begrifflicher Unterschied, weil die Rache selbst als Recht anerkannt wird. Auch bis auf unsere Zeit hat sich viel mehr erhalten, als man beim ersten Blick geneigt ist anzunehmen.

Ein Ueberbleibsel der Selbsthülfe ist vor allem die Notwehr, also nach der Erklärung unseres Strafgesetzbuches die Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs. Der Begriff ist im römischen Rechte keineswegs alt, er hat sich erst in der Kaiserzeit gebildet, als es sich nach einer sehr starken Beschränkung der Selbsthülfe notwendig zeigte, sie in gewissen Grenzen wieder für berechtigt zu erklären[93]). In so weit entspricht sie noch unsern heutigen Anschauungen und Gesetzen durchaus.

Ferner behielten die Machthaber, die Könige und die ihnen etwa nachfolgenden Beamten, in Rom die Consuln und Prätoren, die Befugniss ohne vorgängige Untersuchung die

---

[93]) Vgl. darüber Pernice Labeo II S. 21 ff.

Verletzung ihrer Würde zu bestrafen. Sogar die später auftretenden Volkstribunen nahmen dies Recht für sich in Anspruch [94]). Von diesem Gesichtspunkte aus erklärt sich auch, dass die römischen Priester wegen religiöser Frevel selbst über solche Personen Gerichtsbarkeit hatten, welche ihnen sonst gar nicht unterworfen waren [95]).

Abgesehen hiervon findet sich die Selbsthülfe sowohl zur Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche, wie zur Rache für Verletzungen [96]). Während aber das Gesetzbuch des Manu sie den Indern noch in jeder Form erlaubte [97]), hat der europäische Zweig der Indogermanen besonders zwei Mittel behalten: die Verhaftung und die Pfändung des Schuldners.

Die Verhaftung des Schuldners brachte diesen in die Gewalt des Gläubigers und endigte häufig mit seiner Knechtschaft. Sie ist in Athen von Solon abgeschafft worden, war aber bis dahin unzweifelhaft in dem Falle erlaubt, wenn jemandem gegen Verpfändung seiner eigenen Person Geld geliehen war (ἐπὶ σώμασι δανείζειν) [98]). In Rom nahm sie unter der Bezeichnung manus iniectio bestimmte Gestalt an, in der sie freilich bereits Mitwirkung des Beamten erforderte. Das deutsche Recht gestattete ebenfalls sich des zahlungsunfähigen Schuldners zu bemächtigen.

Unmittelbar wurde dieser allerdings nicht Sklave. In Rom durfte man ihn tödten, wie einen Sklaven (serui loco) halten oder ins Ausland (trans Tiberim) verkaufen. Im

---

[94]) Mommsen Röm. Staatsrecht I S. 121 ff.

[95]) S. z. B. Dionys, 2, 73.

[96]) Vgl. diese Zeitschrift I S. 13 ff.

[97]) Manu 8, 48. 49. vgl. 176, s. diese Zeitschrift I S. 13 f. Die Auffassung des vyavahâra, nach welcher hierunter eine gütliche Vereinbarung zu verstehen ist, und welcher auch ich S. 14 gefolgt war, ist inzwischen von Jolly Indisches Schuldrecht, Sitzungsber. d. K. bayr. Akad. d. Wiss. 1877, hist.-phil. Cl. S. 315 berichtigt worden. Das Verfahren bestand wahrscheinlich darin, dass der Gläubiger den Schuldner vor eine Versammlung von Menschen führte und ihn dann in Gewahrsam behielt.

[98]) Plutarch Solon 13, s. diese Zeitschrift I S. 14.

zweiten Falle behielt er die Rechte und den Stand eines Freien, wenn dem Gläubiger auch weitgehende Zwangsmittel gegen ihn zustanden; im letzten wurde er zwar Sklave, aber nicht als Schuldner, sondern aus einem allgemeinen Grunde, weil er nämlich in die Gewalt von Ausländern geriet. Er war also in derselben Lage wie der kriegsgefangene Römer, nur dass er das ausnahmsweise ius postliminii und damit die Möglichkeit, seinen Stand wiederzuerhalten, nicht hatte. Bei den germanischen Völkern ergaben sich sehr häufig zahlungsunfähige Schuldner in die Sklaverei der Gläubiger. Sie verfielen also auch hier nicht unmittelbar in Knechtschaft, waren aber so starken Zwangsmitteln ausgesetzt, dass sie dadurch selbst zum Verzicht auf ihre Freiheit gezwungen werden konnten. Noch im Mittelalter war es gestattet, sie zu stöcken und zu blöcken. Das römische und das germanische Verfahren zeigt in diesem Punkte durchgehends eine grosse Verwandtschaft, selbst das römische Gesetz, den Schuldner an drei Markttagen auszustellen, findet sich in der nordischen Vorschrift, ihn vor Gericht zu führen und dort zur Lösung auszubieten, ziemlich genau wieder [99]).

Die eigenmächtige Pfändung war in Attika der regelmässige Weg, sich wegen Urtheilsschulden zu befriedigen, ohne dass es der Ermächtigung oder des Beistandes eines Beamten bedurfte [100]). Bei den Römern fand sie sich nach Gajus ursprünglich im Heerwesen [101]): nach alter Sitte konnte

[99]) S. über die ganze Frage Grimm R.-A. S. 613 ff., wo namentlich die Verwandtschaft zwischen beiden Rechten besprochen wird.

[100]) Hefft. Ath. Ger. S. 454 ff., vgl. diese Zeitschrift I S. 14.

[101]) Gaius 4 § 27—29. Gajus sagt von der pignoris capio: introducta est moribus rei militaris. Daraus geht hervor, dass das Heerwesen ihr ältestes ihm bekanntes Anwendungsgebiet war. Aus dem Wortlaut der Stelle wäre ferner zu schliessen, dass sie auf römischem Boden entstanden sei. So weit zurück konnten aber die Kenntnisse der Römer und namentlich von Gajus schwerlich gehen. — Die Alterthümlichkeit der manus iniectio und pignoris capio ist schon von Bekker Aktionen I S. 18 ff. 42 f. erkannt worden.

sie wegen des Soldes gegen den Zahlmeister, ferner wegen des Geldes zum Ankauf eines Ritterpferdes und wegen der Futterkosten desselben gegen die zur Erstattung Verpflichteten vorgenommen werden. Die zwölf Tafeln und ein im übrigen unbekanntes Gesetz dehnten sie später weiter aus. Bei ihr wurden bestimmte Worte gebraucht, wie auch sonst im römischen Rechtsverfahren, die übrigen Regeln desselben waren aber für sie nicht bindend: sie geschah nicht vor dem Prätor und durfte in Abwesenheit des Gegners und an allen beliebigen Tagen ausgeführt werden. Offenbar war sie ein Ueberbleibsel aus der Vorzeit; eine spätere Lehrmeinung wollte sie wegen der Eigenthümlichkeiten, welche sie behalten hatte, überhaupt nicht als Rechtsverfahren (legis actio) ansehen. Bei den Langobarden war die Pfändung für kundliche Schulden nach dreimaliger Zahlungsaufforderung ohne alle Beschränkung gestattet[102]); andere germanische Stämme forderten Erlaubniss oder Beistand des Richters, übrigens häufig ohne weitere gerichtliche Untersuchung[103]). Man muss es auch als ein Nachwirken der alten Rechtsanschauung betrachten, wenn es noch im späteren Mittelalter möglich und gebräuchlich war, die eigenmächtige Pfändung

---

[102]) Siegel Gerichtsverfahren S. 36 ff.

[103]) Auch Siegel Gerichtsverfahren S. 35 ff. hält diese eigenmächtige Pfändung für das alte Recht. Vgl. diese Zeitschrift I S. 17. A. M. Sohm Der Prozess der lex Salica S. 42 ff. Derselbe hält die langobardische Vorschrift für eine „partikuläre, abweichende Rechtsentwicklung,“ weil sie dem ältesten auf uns gekommenen deutschen Gesetz, der lex Salica, widerspricht. Die langobardische Vorschrift entspricht dem Rechtszustande anderer Völker in ihrer ältesten Entwicklung, die lex Salica ist trotz ihres verhältnissmässigen Alters gegenüber den Zeiten, die hier in Frage kommen, sehr jung, und es ist sehr wohl möglich, dass ein bestimmter Stamm eines Volkes dessen ursprüngliche Rechtsanschauungen um Jahrhunderte länger bewahrt als ein anderer. * Vgl. über die ganze Frage Meibom Pfandrecht S. 190 ff. Wach Arrestprozess S. 2—4. Bethmann-Hollweg Civilprozess IV S. 367 und besonders Löning Vertragsbruch S. 40—42 A. 8 u. S. 88—98 A. 1. *

vertragsmässig zu bedingen. Ein letztes Ueberbleibsel hat sich in der Pfändung von Thieren, welche ein Grundstück durch Uebertreten und Abweiden beschädigen, bis auf die heutige Zeit erhalten. In dem alten russischen Gesetzbuch, der Prawda, wurde der Kläger mehrfach, namentlich bei Sachbeschädigungen, angewiesen, sich das der Forderung entsprechende Vieh, da dieses die Rolle des Geldes vertrat, selbst zu nehmen [104]). Leugnete der Belangte, so sollte in einem bestimmten Falle eine Beweisführung (iswod) [105]) vor 12 Menschen erfolgen.

In den Zeiten beginnender Staatsentwicklung behielt man aber auch noch die Rache für gewisse Verletzungen als Recht bei, auch sie war daher eine Handlung der Selbsthülfe, durch welche lediglich ein bestehendes Recht verwirklicht wurde. Am wenigsten war natürlich die Blutrache mit den neuen Zuständen vereinbar. Der Staat selbst übernahm daher die Bestrafung, den Verwandten blieb bei den Athenern zur Zeit des Demosthenes nur das ausschliessliche Recht zur Anklage [106]), bei den Römern, wie schon die Ermordung der Horatia zeigt, nicht einmal dieses, sondern lediglich eine von der Sitte gebotene Anklagepflicht [107]). Bei den Germanen zwang man zur Annahme eines bestimmten Wehrgeldes in Geld. Bei den Russen war die Pflicht zur Annahme einer Sühne anfangs nur in sehr beschränkten Fällen bei geringeren Vergehen aufgestellt, später aber mehr ausgedehnt [108]), während sie bei den Römern stets auf Beleidigungen und leichte Körperverletzungen beschränkt blieb. Indessen findet sich

[104]) Prawda 17 vgl. 11, 13, 15; s. Ewers S. 267 ff. Ebenso in der Prawda des dreizehnten Jahrhunderts, Ewers S. 314 ff.

[105]) Prawda 14. iswod übersetzt Ewers S. 269 „Ausführung".

[106]) Heffter S. 142 ff.

[107]) Vgl. über die Spuren der Blutrache im römischen Recht Rein Das Criminalrecht der Römer S. 38 f.

[108]) Prawda 3. 4. 5. Ewers S. 265 f., ferner S. 314 f. vgl. Anm. 5 auf S. 337. Ein Wehrgeld hatten auch die alten Walen, s. Walter Das alte Wales S. 445 f.

wenigstens noch die Spur eines Wehrgeldes für Mord in der Numa zugeschriebenen Bestimmung, dass der unfreiwillige Mörder den Agnaten des Getödteten in der Volksversammlung einen Widder geben soll [109]).

Dagegen ist die Tödtung der im Ehebruch ertappten Frau und des Ehebrechers überall noch sehr lange gestattet, und regelmässig wird dieselbe Erlaubniss auch bei Verführung von nahen Verwandten gegeben. In Attika durfte man denjenigen, welchen man bei seiner Ehefrau, Mutter, Tochter oder Schwester, ja selbst bei seiner Beischläferin antraf, noch zu den Zeiten des Demosthenes erschlagen [110]). Die alten Römer sahen zweierlei als todeswürdige Verbrechen von Frauen an: Ehebruch und Weintrinken. Meistens bestraften hier die alten Familiengerichte [111]), die sich selbst noch unter dem Kaiserthum neben dem öffentlichen Verfahren erhielten. Wenn die Frau in der Gewalt ihres Mannes stand, so war dieser demnach ihr ordentlicher Richter. Wurde sie indessen ertappt, so konnte sie sammt dem Ehebrecher auch ohne Gericht und ohne Rücksicht auf dies Gewaltverhältniss von ihrem Vater und ihrem Ehemann, später nur noch von Ersterem getödtet werden [112]). Vielfach begnügte man sich aber mit Misshandlungen, es scheint geradezu gebräuchlich gewesen zu sein, den Ehebrecher auf den Tod zu peitschen, und durch diese und ähnliche Misshandlungen Geldsummen von ihm zu erpressen. Die damaligen Rechtsgelehrten billigten dies Verfahren fast einstimmig [113]). Nach dem westgothischen Gesetzbuch durfte der Ehemann oder Verlobte ebenfalls die ehebrecherische Frau und den Ehebrecher tödten. Aehnlich bei

---

[109]) Bruns Fontes 2. Aufl. S. 9.

[110]) Heffter S. 137.

[111]) Dionys. 2, 25.

[112]) Gell. Noct. Att. 10, 23, 5; vgl. Esmein Le délit d'adultère à Rome, Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, publ. par Laboulaye etc. S. 4.

[113]) Hor. Sat. 1, 2, 40 ff.

anderen Germanen. Es zeigte sich indessen auch hier das Bestreben, die Tödtungsbefugniss auf den Fall der Ergreifung auf handhafter That einzuschränken. Daher bestand eine mildere Strafe der Ehebrecherin darin, dass man sie nackt aus dem Hause jagte und mit Schlägen durch das ganze Dorf trieb [114]). Der Inder Yâjnavalkya verordnet nur, dass der Mann die ungetreue Frau wohnen lassen soll „ihrer Würde beraubt, schmutzig, nur zur Notdurft essend, hart behandelt, auf dem Fussboden schlafend" [115]).

Gegen gewisse Diebe hat ferner der Bestohlene ein Tödtungsrecht. Es ist eine weitverbreitete indogermanische Rechtsidee, dass auch hier der Ertappte schlimmer zu behandeln ist. Ebenso gilt der nächtliche Dieb als schwererer Verbrecher. Der beim Diebstahl Angetroffene wurde nach den zwölf Tafeln sowie nach einem attischen Gesetze bei Nachtzeit rechtmässig getödtet. Bei Tage erlaubten es die zwölf Tafeln nur, wenn er sich vertheidigte, andernfalls wurde er dem Bestohlenen zur Knechtschaft zugesprochen. In Attika wurde derjenige, welcher bei Tage über 50 Drachmen an Wert stahl, vor die Elfmänner geführt und dann mit dem Tode bestraft. Für geringere Entwendungen klagte man den doppelten Wert des Entwendeten ein, wenn dieses selbst erstattet worden war, andernfalls den zehnfachen; ausserdem konnte auf eine körperliche Strafe erkannt werden [116]). Auch germanische Rechte erlauben Tödtung des auf handhafter That ergriffenen Diebes, so das norwegische immer, andere wenigstens in bestimmten Fällen, z. B. wenn der Dieb bei Nacht gefangen ist, wenn er sich nicht binden lassen will u. s. w. [117]).

---

[114]) Grimm, R.-A. S. 450. Wilda Strafrecht S. 811 ff.

[115]) Yâjnavalkya 1, 70.

[116]) Leg. XII tab. 8, 15 si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto 8, 12. Bruns Fontes S. 22. — Heffter S. 180 ff. Den Unterschied von augenscheinlichem und nicht augenscheinlichem Diebstahl haben auch die Walen. Walter Das alte Wales S. 471.

[117]) Wilda Strafrecht S. 890.

Die ältere russische Prawda enthält über Diebe keine Bestimmung; nach den Zusätzen dazu, welche von den Söhnen Jaroslaws aus der zweiten Hälfte des elften Jahrhunderts herrühren, darf man sie auf dem Hofe, bei dem Gemache oder bei dem Stalle erschlagen. Man ist straflos, wenn nur die Füsse noch innerhalb des Thores liegen [118]. Auch hier scheint vorzugsweise an den nächtlichen Dieb gedacht zu sein, denn eine weitere Bestimmung verbietet die Tödtung des Ertappten, wenn man ihn „bis zum Lichte“ gehalten hat, und befiehlt ihn statt dessen an den Fürstenhof zu führen [119].

Beim Ehebruch wie beim Diebstahl auf handhafter That hat sich demnach ein Recht zur Rache erhalten. Als Notwehr im heutigen Sinne kann sie nicht angesehen werden [120], weil diese begrifflich nur zur Abwendung einer Verletzung denkbar ist, die Tödtung aber auch dann vorgenommen werden darf, wenn ein weiteres Unrecht als das geschehene nicht mehr zu fürchten ist.

Auffallenderweise haben die indogermanischen Rechte die Selbsthülfe durchaus übereinstimmend in denselben Fällen bewahrt. Unsere Anschauungen sind noch ursprünglich genug, um uns gerade in diesen Verhältnissen die Anwendung von Gewalt und Eigenmacht natürlich erscheinen zu lassen. Trotzdem findet sie sich keineswegs bei allen urwüchsigen Völkern. So häufig Tödtung der Ehebrecher ist, so kommen doch bei vielen wilden Stämmen sehr leichte Strafen vor, die sich nicht selten auf Durchprügeln oder eine geringe Geldbusse beschränken. Die untreue Ehefrau bleibt bisweilen ganz

---

[118]) Die letzte Bestimmung findet sich nur in Einer Handschrift der Chronik von Nestor, Ewers S. 308, 309, 311 Anm. 15. Vgl. S. 321 und Reutz Die Lehre vom Besitz nach russ. Rechte, Krit. Zeitschr. f. Rechtswiss. u. Gesetzgeb. d. Ausl. herausgeg. v. Mittermaier XII S. 72.

[119]) Ewers S. 308.

[120]) So Zumpt Crim.-R. I Abth. 1 S. 126.

frei[121]). Der strenge Eigenthumsschutz ist den Indogermanen in noch höherem Grade eigenthümlich. Bei den alten Aegyptern war der Diebstahl geradezu von Staats wegen gesetzmässig geregelt. Jeder Dieb musste sich bei dem Diebsvorsteher melden und hatte diesem auch das später etwa Gestohlene abzuliefern. Die Bestohlenen ihrerseits meldeten sich hier und empfingen ihre Sachen nach Abzug von einem Viertel des Wertes zurück[122]). Das sind Einrichtungen, welche indogermanischen Anschauungen so widersprechen, dass sie selbst in dem Zeitalter der Humanität nicht möglich sein würden.

Bei wilden Völkerschaften ist der Diebstahl bisweilen ehrenvoll oder wird wenigstens nur gering bestraft[123]). Auch die Haftung der Person für Schulden gilt keineswegs allgemein[124]).

Die Eigenmacht bei Verfolgung eines Rechtes hat sich bei Germanen, Slaven und Walen noch im Gerichtsverfahren selbst erhalten. Der Kampf wurde zu einer gesetzlichen Form erhoben, er war in geordneter Weise auszufechten, und sein Ausgang entschied zugleich den Rechtsstreit[125]). Bei andern indogermanischen Stämmen hat sich diese Entwicklung gar nicht, bei ausserindogermanischen nur sehr selten vollzogen[126]). Sie erklärt sich aus der Anschauung, dass der Sieg von dem Willen der Götter abhängt. Je mehr man diese daher als Schützer der Rechtsordnung auffasste, um so mehr war man auch geneigt, aus dem Ende des Krieges auf ihr Urtheil zu schliessen. Ob deshalb der gerichtliche Zwei-

---

[121]) Post Anfänge des Staats- und Rechtslebens S. 201 ff.

[122]) Diod. Sic. 1. 80.

[123]) s. Post Anfänge S. 216 ff.

[124]) s. für die Aegypter Diod. Sic. 1, 79, ferner Post Ursp. d. R. S. 100. Anf. S. 274.

[125]) Für die Walen s. Walter Das alte Wales S. 137, für die Slaven Jirecek Ueber Eigenthumsverletzungen S. 9.

[126]) Vgl. Post Anfänge S. 261.

kampf den andern Ordalen völlig gleichzustellen sei, mag auf sich beruhen.

In einer sehr eigenthümlichen Umwandlung hat sich die gewaltsame Rechtsverfolgung endlich bei den Römern erhalten: sie ist zur blossen Form geworden. Zur Zeit der legis actiones mussten beide Parteien bei Eigenthumsstreitigkeiten ihren Anspruch unter Androhung von Gewalt erheben, zur wirklichen Ausführung der Drohung kam es aber niemals mehr, weil der Prätor sie durch seinen Friedensbefehl hinderte.

§ 12. Die Beistände.

Wer unter den geschilderten Verhältnissen nicht selbst mächtig genug war, musste Beistände suchen und fand sie, wie es scheint, nicht schwer, wenn seine Sache vertrauenswürdig, und der Gegner nicht allzu gefürchtet war. Wir sehen in Griechenland und Rom, wie das Volk sich um die Streitenden schart und für den Bedrängten eintritt, und finden es in anderen Stämmen sogar als sittliche Pflicht ausgesprochen, sich der Unterdrückten anzunehmen[127]). Solche Beistände erscheinen schon in den ältesten Rechtsstreitigkeiten, von denen wir wissen, als etwas regelmässiges. In dem Gerichte, welches Hephaistos auf dem Schilde des Achilleus abbildete, waren beide Theile von Helfern aus dem Volke (ἀμφὶς ἀρωγοί) begleitet, die sie, wenn auch nicht mit Gewalt, so doch mit Geschrei unterstützten[128]). Als die von den Söhnen des Ancus Marcius gedungenen Hirten Tarquinius Priscus ermorden und, um ohne Verdacht zu ihm zu kommen, einen Rechtsstreit vorgeben wollten, hatten sie ihre Helfershelfer als angebliche Beistände (συναγανακτοῦντες καὶ συμμαρτυροῦντες) bei sich[129]).

Bei dem massgebenden Einfluss, welchen die Selbsthülfe

---

[127]) So auch in Wales. S. Walter Das alte Wales S. 343.

[128]) Ilias 18, 502.

[129]) Dionys. 3, 73. Livius 1, 40 erwähnt sie in seiner kürzern Darstellung nicht.

überall — vielleicht mit Ausnahme von Indien — auf das Rechtsverfahren ausgeübt hat, sind auch die alten Beistände in diesem keineswegs verschwunden. Bei den Germanen und Walen haben sich aus den alten Fehdegenossen die Eideshelfer entwickelt, deren Zahl nach ihrem Wehrgelde, also dem juristischen Werte ihrer Person geschätzt wird[130]). Bei Römern und Griechen war ihre Bedeutung verschieden, jenachdem sie voll mit ihrer ganzen Persönlichkeit eintraten oder lediglich für einen ordnungsmässigen Austrag des Streites sorgten. Im erstern Falle war der Freiheitsanwalt, welcher in Rom und Athen für denjenigen, der als Sklave vom angeblichen Herrn ergriffen worden war, in Rom auch für denjenigen, der aus bestimmten Forderungen in Anspruch genommen wurde, den Streit auf eigene Gefahr führen musste. Nach der Beseitigung der gewaltsamen Selbsthülfe hatte er zwar keinen thätlichen Beistand mehr zu leisten, wohl aber die Sache des Belangten vor Gericht zu vertheidigen und dem Gegner für Bezahlung der Schuld zu haften. Ebenso hafteten die Bürgen (sponsores), welche nur neben die Parteien traten und ihren Angriff bez. ihre Vertheidigung unterstützten. Weniger betheiligt waren diejenigen Personen, welche lediglich die Rechtsverfolgung überwachten. Man kann den Unterschied bei dem Verfahren von Marcus Claudius gegen Verginia deutlich sehen. Als er das Mädchen für seine Sklavin erklärte und sie ergriff, entstand auf das Geschrei ihrer Begleiterin ein Auflauf, und das Volk stellte sich auf ihre Seite. Der Kläger musste sie in Folge dessen vor die Decemvirn führen, hier erschienen auch Beistände, welche ihre aduocati genannt werden, aber trotzdem nicht ohne weiteres, sondern erst dann, wenn sie durch Anstellung der uindicatio den Streit

[130]) S. namentlich Rogge Gerichtswesen der Germanen S. 136 ff. und Siegel Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I S. 176 ff. Dagegen Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte 2. Aufl. I S. 413 f. Für die Walen s. z. B. Walter Das alte Wales S. 479 f. Für die Slaven Macieiowski Slavische Rechtsgeschichte übers. v. Buss u. Nawrocki II S. 119.

selbst übernahmen, persönlich haftbar wurden[131]). Diese aduocati spielten auch im spätern römischen Verfahren eine grosse Rolle und wurden ganz allgemein schon im voraus zu Rechtshandlungen zugezogen, um nötigenfalls später Zeugniss abzulegen[132]). Die Zeugen selbst waren noch durchaus Partei[133]), eine Pflicht, vor Gericht auszusagen, bestand nur in wenigen Ausnahmefällen; abgesehen von diesen wurde niemand dazu gezwungen, und Patron und Client durften sogar nicht gegeneinander schwören[134]). Es ist merkwürdig, wie fein die Sittenregeln der Römer in dieser Beziehung ausgebildet waren: „man zeugt für die Clienten gegen seine Verwandten," sagt Cato in einer Rede, „gegen den Clienten legt niemand Zeugniss ab"[135]).

Wenn jemand nicht wehrfähig war, so konnte er nur in der Weise angreifen oder sich vertheidigen, dass von vorn herein ein Anderer für ihn eintrat. Hieraus erklärt sich, weshalb die Mündigkeit in so engem Zusammenhange mit der Wehrfähigkeit stand, und weshalb die Frauen durchweg ursprünglich der Vormundschaft unterworfen waren und erst in einer späteren, fortgeschrittenen Zeit — wenn auch selbst da nicht immer — selbstständig gemacht werden konnten. Die römische Erklärung der Vormundschaft als eines Schutzrechtes über Freie gilt für alle urwüchsigen Völker.

Wer auch nicht einmal einen Schützer fand, dem blieb nichts anderes übrig, als sich auf die Götter zu berufen und ihre hülfreiche Gegenwart dadurch zu beweisen, dass er etwas that, was nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge unmöglich war. Die Uebereinstimmung der gebräuchlichsten Gottesurtheile ist so gross, dass sie unzweifelhaft in die Urzeit zurückgehen. Bei Indern und Germanen findet sich Feuer-,

---

[131]) Livius 3, 44. 46.

[132]) s. z. B. Cic. pro Caec. 8, 22; 9, 23—26; 15, 43; namentl. 16, 45.

[133]) Charakteristisch für die Anschauung ist z. B. Cic. pro Caec. 1, 3.

[134]) Dionys. 2, 10.

[135]) Gell. Noct. Att. 5, 13, 4.

Wasser- und Giftordal[136]. Bei Griechen und Römern verschwanden sie mit der gewaltsamen Selbsthülfe aus dem Rechte, erhielten sich aber im Volksglauben. In der Antigone von Sophokles erbietet sich der Wächter des Kreon zum Beweise seiner Unschuld glühendes Eisen in den Händen zu tragen und durch Feuer zu gehen[137], die römische Volkssage wusste einige Fälle zu erzählen, in welchen fälschlich beschuldigte Vestalinnen die Hülfe der Vesta anriefen und so Wasser mit einem Sieb schöpften oder ein Flachsgewebe durch eine Flamme verzehren liessen, die ohne natürliche Ursache plötzlich emporloderte[138].

4. Anfänge eines Gerichtsverfahrens.

§ 13. Die Häuptlinge.

Schon das indogermanische Urvolk hatte eine politische Organisation und besass Häuptlinge, râga oder râg genannt[139]. Das Wort findet sich im indischen rajan, im lateinischen rex, im gothischen reikas (mächtig) und in den altgallischen Namen auf rix (Dumnorix, Ambiorix u. s. w.) wieder. Ein davon abgeleitetes Wort ragia bedeutete königlich und im Neutrum Herrschaft, Reich, es lautet im Sanskrit râgya, im Lateinischen regius, im Altirischen riki, im Althochdeutschen rikhi und im Gothischen reiki und reikja (neuhochdeutsch Reich).

Homer leitet die Königsgewalt von Zeus ab. Sie scheint nicht notwendig erblich gewesen zu sein. Das Königthum des Odysseus wird freilich als väterlich (*πατρώϊον*) bezeichnet, aber dennoch von dem Vermögen so scharf unterschieden, wie es nur ein heutiger Rechtsgelehrter thun könnte: dieses nimmt

---

[136]) Vgl. Yâjnavalkya 2, 95 ff. z. B. mit Siegel Gerichtsverfahren S. 236 ff. S. ferner Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte 2. Aufl. I S. 415 ff. und die dort angeführten Schriften.

[137]) Sophokl. Antig. 264 f.

[138]) Dionys. 2, 68 f.

[139]) Siehe diese Zeitschrift I S. 11. Fick Wörterbuch I S. 190.

Telemach unter allen Umständen als sein unzweifelhaftes Eigenthum in Anspruch, von jenem erkennt er an, dass es möglicherweise auf andere übergehen würde. Von Wahl ist aber ebenfalls nicht die Rede, sondern Zeus macht zum Könige [140]). Offenbar hing die Erlangung der Würde zwar nicht von der Wahl, wohl aber von der Anerkennung des Volkes ab: ein Einzelner warf sich zum Könige auf, und das Volk fügte sich ihm, gezwungen, wie bei Aigisthos, oder auch freiwillig. Häufig wird es der nächste Verwandte des Verstorbenen, der mit seinem Vermögen zugleich seinen Einfluss erbte, gewesen sein, jedoch hatten jedenfalls auch andere angesehene Männer Anspruch [141]). Von jener Anerkennung war sowohl zur Wahl wie zum Erbrechte kein grosser Schritt mehr, und wir sehen in der That die ältern germanischen Völker zwischen beiden schwanken. Aehnlich war es im alten Rom. Doch ist nicht zu verkennen, dass hier die Wahl vielleicht nur in der Ueberlieferung so stark hervortritt, weil man spätere Zustände auf frühere Zeiten zurückübertrug. Gar nicht gewählt ist selbst nach der Sage der jüngere Tarquinius; vom Volke anerkannt, aber nicht eigentlich gewählt — nach einigen Nachrichten wenigstens nicht regelmässig — sind Romulus, Tarquinius Priscus und Servius Tullius; so bleiben also nur noch die halb sagenhaften Numa Pompilius, Tullus Hostilius und Ancus Marcius. Gegen die Ursprünglichkeit der Wahl spricht ausserdem, dass der Dictator und die Zwischenkönige nicht gewählt wurden, und über das erste Zwischenkönigthum widersprechen sich endlich die Berichte vielfach [142]). Ein Erbrecht wurde bereits beansprucht, z. B. von den Söhnen des Ancus Marcius, dem jüngeren Tarquinius, hatte sich aber ebenso wenig völlig ausgebildet [143]).

---

[140]) Odyss. 1, 383 ff.

[141]) s. Od. 1, 394 ff.

[142]) S. Schwegler I S. 656, namentlich A. 5.

[143]) Vgl. Schwegler I S. 645 ff. S. 649 ff. Die königliche Gewalt als ursprüngliche bei Rubino Untersuchungen über römische Verfassung

Die lex regia scheint regelmässig eingeholt zu sein. Aber auch sie hatte nicht die Bedeutung, dass sie das Königthum erst übertrug, da Servius Tullius in der ersten Zeit, der jüngere Tarquinius überhaupt ohne sie herrschte.

Geordnete staatliche Zustände oder gar Verfassungen in unserm Sinne kannte man allerdings nicht. Noch zu Homers Zeit konnten die Häuptlinge ihr Ansehen nur durch die Macht ihrer Persönlichkeit aufrecht erhalten, und das Beispiel des Agamemnon zeigt, dass das Volk den Mord seines Herrschers nicht immer rächte, und dass es sogar keinen Anstand nahm, sich dem Mörder desselben zu unterwerfen.

Ueber die Befugnisse des Häuptlings und die Formen, in welchen er sein Amt zu üben hatte, gab es bei den alten Völkern selbst noch in der früheren geschichtlichen Zeit keine feststehenden Grundsätze. Ihm lag die Anführung im Kriege, die Beobachtung der θέμιστες und die Rechtspflege ob, aber wohl nicht immer ausschliesslich und als bestimmt begrenztes Recht. Die Könige richteten bei den Indern selbst oder durch Beauftragte, sie waren nach Cicero auch im alten Rom die alleinigen Richter; bei Homer finden sich keine Spuren einer gleichen Thätigkeit, dagegen wird eine solche schon für die nächste Zeit unter anderm durch einen Rechtsstreit bewiesen, welchen Hesiod in einer Erbschaftssache gegen seinen Bruder verlor. Die Götter und Häuptlinge der Germanen treten schon in den Sagen häufig als Richter auf[144]).

§ 14. Der Beirat der Häuptlinge.

Eine uralte Sitte muss dem Könige geboten haben, bei wichtigen Geschäften Ratgeber zuzuziehen, denn dieser Gebrauch findet sich übereinstimmend bei den verschiedenen

---

und Geschichte S. 110 ff. nachgewiesen, aber von vielen Schriftstellern als vom Volke verliehen aufgefasst. Literatur bei Schwegler I S. 649 Anm. 6.

[144]) Manu 8, 1 vgl. 9. Yâjnavalkya 2, 1 u. 3. Cic. rep. 5 § 3. Hes. Ἔργα καὶ ἡμέραι 33 ff. s. Θεογ. 85 ff. für die Germanen s. z. B. Edda Wöluspâ 6, übers. von Holtzmann S. 18.

indogermanischen Stämmen wieder und hat bei einigen von ihnen sogar zu eigenthümlichen neuen Rechtsbildungen geführt. Unbedingt zwingend war er allerdings nicht, denn überall kommen Fälle vor, wo der König selbstständig eingreift und ohne jedes Verfahren selbst körperliche Züchtigungen anwendet; feste Schranken waren hier schwerlich durch die Sitte gezogen. Odysseus schalt und prügelte die Unedlen, welche nach den Schiffen stürzten, um abzusegeln, als Agamemnon, um den Mut des Volkes zu prüfen, in der Versammlung zur Abreise geraten hatte. Den schmähenden Thersites behandelte er noch schlechter und zwar unter entschiedenem Beifall der Volksversammlung, er dachte später sogar daran, seinen aufsätzigen Gefährten Eurymachos auf der Stelle mit dem Schwert niederzustossen und liess sich nur durch die Bitten der andern Genossen davon abhalten [145]). Die römischen Beamten bestraften noch in späterer Zeit Verletzungen ihrer Würde mit sofortigem und oft sehr thatkräftigem Einschreiten [146]). Es scheint sogar, als ob sie früher selbst richterliche Handlungen ohne Mitwirkung eines Beirats vornahmen, wenigstens wird bei dem Rechtsstreite über Verginia vor Appius Claudius von einem solchen nichts berichtet.

Dagegen tritt schon bei Homer die Ratsversammlung der Könige unter dem Vorsitze von Agamemnon zusammen. Viele alte Rechte schreiben namentlich bei richterlichen Geschäften die Zuziehung von Beisitzern ausdrücklich vor und gehen bisweilen noch einen Schritt weiter, indem sie die freie Wahl der Letzteren aufheben, oder, was besonders häufig vorkommt, den Richter an die Mehrheit binden. Der indische König soll Streitsachen mit Brahmanen prüfen, und dazu gelehrte, rechtskundige und wahrheitsliebende Personen

---

[145]) Ilias 2, 198 ff. Il. 2, 243 ff. Od. 10, 438 ff. Vgl. Platner Not. S. 72 f.

[146]) s. darüber namentlich Mommsen Staatsrecht I S. 126 ff.

wählen[147]); sich selbst kann er ebenfalls durch einen Brahmanen vertreten lassen[148]). In Athen wählte jeder der drei ersten Archonten zwei Beisitzer, welche er beliebig wieder entlassen durfte[149]). In Italien soll schon der König Amulius zu seinem Urtheil gegen Rhea Silvia Beisitzer zugezogen haben. Von Romulus erzählt Dionysius in einem Falle ausdrücklich, dass er einen Spruch auf Tod einiger vornehmer Räuber allein gefällt und dadurch den Hass der Patricier erregt habe, von dem jüngeren Tarquinius bemerkt Livius tadelnd, dass er in Strafsachen überhaupt keinen Beirat zuzuziehen pflegte[150]). Aus der römischen Republik haben wir genauere Nachrichten. Cicero macht Verres einen schweren Vorwurf daraus, dass er in einer Strafsache in Abwesenheit seines gewöhnlichen Beirates verhandelte. Nach seinem Berichte wagte es sogar einer der Beistände des Angeklagten, den Statthalter zu fragen, vor wem er denn eigentlich seinen Vortrag halten solle: so sehr hatte man sich gewöhnt, den Beirat als notwendig zu betrachten. Eine andere Stelle zeigt, dass er selbst bei der Bestrafung von Sklaven zugezogen wurde[151]). In den Provinzen wählte der Beamte die Beisitzer nach Belieben[152]), in Rom durfte er dies später nur für bürgerliche Sachen, während sie für Strafsachen durch Auslosung bestimmt wurden[153]), wobei der Angeklagte das Recht hatte, eine Anzahl von Personen zu verwerfen. Das Urtheil gab er im eignen Namen, aber nach der Mehrheit ab, es fiel auf, als der Kaiser Claudius sich der Sitte zuwider nicht

---

[147]) Yâjnavalkya 2, 1. 2. Stenzler übersetzt „zu Richtern machen", in der Ursprache heisst es sabhâsad, was unserm Worte „Gerichtsbeisitzer" am meisten entsprechen würde.

[148]) Manu 8, 9. Yâjnavalkya 2, 3.

[149]) Heffter S. 27.

[150]) Dionys. 1, 78. 2, 56. Livius 1, 49. Vgl. Zumpt Criminalrecht d. röm. Rep. I S. 14. S. 123.

[151]) Cic. in Uerrem act. sec. 1 § 68—75. act. sec. 5 § 10—12.

[152]) Cic. in Uerrem act. sec. 2 § 73. Indessen 5 § 114.

[153]) s. z. B. Cic. in Uerrem act. sec. 1 § 17 ff.

an jene band[154]). Die alten Germanen wählten in den Volksversammlungen Fürsten, welche die einzelnen Gaue zu bereisen und Recht zu sprechen hatten, wobei ihnen die centeni, wie sie Tacitus nennt, aus dem Volke als Beirat dienten. Die Vergleichung mit späteren Rechtszuständen macht es wahrscheinlich, dass die ganze Versammlung der Angesessenen einer Hundertschaft diesen Beirat bildete[155]). Freilich sind die hierauf bezüglichen Nachrichten so viel später, dass ein sicherer Rückschluss auf die Verhältnisse zur Zeit des Tacitus kaum möglich ist. Wie übrigens alte Rechtsanschauungen sich im Volke gewissermassen latent zu halten und dann auf viel späteren Entwicklungsstufen auch im öffentlich anerkannten Rechte wieder hervorzutreten pflegen, so kehrt auch das uralte Verhältniss des Richters, der das Urtheil im eignen Namen spricht, zu den Beisitzern, die es finden, in den Schöffengerichten wieder. Aehnliche Beisitzer kennt das sehr verwandte walische Recht[156]). Von Russland wissen wir wenig. Die Grossfürsten berieten regelmässig über Landbau, Krieg, Gesetz und alle Neuerungen mit ihren Bojaren, mit Stadtältesten oder ihren Gefolgsleuten. Von dem Einflusse derselben giebt Nestors Chronik in einer halb sagenhaften Erzählung Kunde. Im zehnten Jahrhundert machte auf den Grossfürsten Wladimir dessen Gemahlin Rognjeda einen Mordversuch. Nach dem naiven Berichte von Nestor fasste er zuerst den Entschluss, sie zu tödten, legte dann aber, als er zweifelhaft wurde, den Fall seinen Bojaren vor, und liess sie auf deren Rat am Leben[157]). Ueber eine regelmässige Thätigkeit der Beisitzer in der Rechtspflege wissen wir nichts.

Bisweilen haben die alten Beiräte sich zu selbstständigen Körperschaften entwickelt. Der römische Senat war ur-

---

[154]) Suet. Claud. § 15.

[155]) Tac. Germ. 12. Vgl. dazu Baumstark Ausführl. Erläuterung des Allg. Theils der Germania des Tacitus S. 498—502.

[156]) Walter Wales S. 471 f.

[157]) Ewers S. 197 ff. 207 ff. und sonst. — Ewers S. 109 ff.

sprünglich nichts anderes als der von den Königen berufene Staatsrat, dessen Zuziehung zu wichtigen Geschäften lediglich durch die Sitte geboten war. Noch die Consuln wählten im Anfange der Republik die Senatoren nach ihrer Willkür [158]), selbst dem Ermessen der spätern Censoren waren sehr weite Grenzen gesteckt. Vielleicht stand es mit dem Areiopag in Athen ebenso. Zur Zeit der Archonten hatte der Fürstpriester (*ἄρχων βασιλεύς*) den Vorsitz in demselben. Mitglieder waren damals den römischen Einrichtungen entsprechend alle Archonten, welche ihr Amt tadellos geführt hatten; für die frühere Zeit besitzen wir keine Nachrichten [159]), der König mag auch in Athen ursprünglich das Wahlrecht gehabt haben.

§ 15. Das Gerichtsverfahren vor den Häuptlingen.

Man darf in den Zeiten beginnender Staatsordnung keine begrifflich scharf entwickelten Rechtsbildungen erwarten. Trotzdem muss es schon in der gemeinsamen Vorzeit der Indogermanen Unterschiede gegeben haben, denn bei den ältesten Völkern heben sich drei Arten des Verfahrens sehr deutlich von einander ab: das Häuptlingsgericht, die Rechtshülfe der Gemeindegenossen und der Austrag des Streites durch Schiedsrichter. Die Inder haben nur das erste, die Griechen und Römer alle erhalten und zwar in scharfer Trennung, so dass sie noch spät erkennbar sind. Bei den Germanen sind sie vielfach in einander übergegangen.

Stellt man sich auf den Boden eines Zustandes, in welchem die Selbsthülfe die Regel ist, aber ihrerseits bereits anfängt, sich gewissen Formen zu unterwerfen, so kann die

---

[158]) Auch für die Könige ist dies die einstimmige Ueberlieferung. Schwegler I S. 659 Anm. 4. Bestätigt wird sie durch die Befugnisse der Consuln. Es ist daher kein Grund daran zu zweifeln, um so weniger, als der Zug der Zeit dahin ging, den Senat selbstständig zu stellen. S. für die entgegengesetzte Meinung Schwegler I S. 660 ff. und die S. 660 Anm. 1 angeführten Schriften.

[159]) Heffter Die Athenäische Gerichtsverfassung S. 35 ff.

Thätigkeit des Richters lediglich auf die Beobachtung dieser Formen oder auf Entscheidung der Rechtsfrage oder auf Beihülfe zur Zwangsvollstreckung des Rechtsanspruches gehen. Denkbar ist ferner, dass ein Verfahren zugleich mehrere dieser Zwecke verfolgt, oder dass es in seinem weiteren Verlaufe ein anderes Ziel erhält, als ursprünglich beabsichtigt war. Wer anfangs zum Ordnen des Rechtsverfahrens berufen war, mochte, wenn einer der Streitenden sich auflehnte, ohne weiteres dem andern Recht geben und ihm seine Hülfe zur Zwangsvollstreckung leihen. Wer nur um Rechtshülfe angegangen war, mochte durch die Vorstellungen des Gegners zweifelhaft werden und es nötig finden, zuvor eine Untersuchung vorzunehmen.

Die äussern Formen der Gerichte sind bei den einzelnen Völkern so übereinstimmend, dass sie einen ziemlich sichern Schluss auf die alten Häuptlingsgerichte gestatten. Nach altindogermanischer Sitte sitzen Richter und Beisitzer, während die Streitenden stehen[160]. Schon die Bezeichnung der Beisitzer weist darauf hin: sie heissen im Sanskrit, wie erwähnt, sabhâsadas, im Griechischen *πάρεδροι*, im Lateinischen assessores. Ueber Ort und Zeit stimmt römisches und deutsches Recht noch genau überein. Man verhandelte unter freiem Himmel am hellen Tage, bis Mittag musste man auf den gehörig geladenen Gegner warten, bei Sonnenuntergang sollte stets geschlossen werden[161].

Die Ladung lag nicht dem Könige, sondern dem Kläger ob. In Rom geschah sie mündlich, und der Verklagte musste sogleich Folge leisten; in Athen forderte man den Gegner vor einem oder mehreren Zeugen auf, sich vor dem Beamten

---

[160]) Auch im deutschen Recht s. Grimm R.-A. S. 791 f. In Indien steht oder sitzt der richtende König. Manu 8, 2.

[161]) XII. tab. I 6 u. 7, s. Bruns S. 15. Grimm R.-A. S. 794 ff. 813 ff. Siegel I S. 104. Waitz Deutsche Verf.-Gesch. 2. Aufl. I S. 321. Walter Wales S. 460 f.

zu stellen; dasselbe gilt für das älteste germanische Recht [162]). Die Folgen der Versäumniss und des Widerstandes dagegen sind verschieden und jedenfalls von den einzelnen Völkern selbstständig entwickelt worden.

Das Verfahren zeigte in seiner Form noch deutlich, dass es durchaus von der Selbsthülfe ausging. Als die Söhne des Ancus Marcius den Tarquinius Priscus ermorden lassen wollten, mieteten sie zwei Hirten. Diese gaben vor einen Rechtsstreit zu haben und erregten zu diesem Zwecke in der Halle des Königshauses einen Tumult, indem sie sich gegenseitig ihr Unrecht vorwarfen und sogar zu Thätlichkeiten schritten. Sie riefen die Hülfe des Königs an, dieser liess sie mit ihren Helfershelfern, welche die Beistände spielten, hereinrufen. Nun behaupteten sie einen Streit über Ziegen zu haben, brachten aber zum Gelächter der Anwesenden allerlei Ungehöriges vor. Sie wurden vom Lictor zur Ordnung verwiesen, und während einer von ihnen die Sache vortrug, tödtete der andere den König mit einem Beil [163]).

Die Klage wurde nicht notwendig durch Erzählung des Thatbestandes, sondern häufig nur durch Aufstellung einer allgemeinen Rechtsbehauptung erhoben. Selbst bei den Indern strengte man noch zur Zeit von Yâjnavalkya die Eigenthumsklage lediglich unter Behauptung des Eigenthums an, wurde in der Folge aber allerdings gezwungen, näheres anzugeben. Für das römische Recht sind die allgemeinen Formeln „aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium“ und „aio te mihi centum dare oportere“ hinreichend bekannt, in Deutschland behauptete sich diese Art eine Klage anzustellen noch zu der Zeit des Sachsenspiegels [164]). Nähere Angaben waren bei

---

[162]) Heffter S. 281. Grimm R.-A. S. 842 ff. Georg Ludwig Maurer Gesch. d. allg. Ger.-Verf. S. 44 f. — * Vgl. Sohm Prozess der lex Salica § 16 „Die Mannitio“ S. 126—134. *

[163]) Dionys. 3, 73. Livius 1, 40.

[164]) Heffter S. 283 f. s. auch die ebend. S. 469 ff. angeführten Beispiele attischer Klagen. Homeyer. Richtsteig S. 440.

beiden Völkern möglich, aber nicht notwendig. In Athen wurde dagegen zur Zeit des Demosthenes, von der wir in dieser Beziehung allein nähere Nachrichten haben, die Klage durch Angabe von Thatsachen genau begründet.

Der Verklagte antwortete entsprechend: bei Indern und Griechen mit thatsächlichen Behauptungen, bei Römern und Germanen mit allgemeinen Aufstellungen. Gestand er, so war das stets verbindlich. Andernfalls mochte der Richter über Thatsachen, die gerichtskundig oder die ihm im Besonderen bekannt waren, sofort auf Grund dieser Wissenschaft das Urtheil fällen. Ein eignes Beweisverfahren hatte man jedoch nicht, und regelmässig wurde nur über Rechtsfragen, über Zulässigkeit von Angriff und Vertheidigung u. dgl. entschieden. Das römische Recht kannte noch ein Verfahren, welches jenem alten durchaus entsprach. Denn bei der legis actio per manus iniectionem pro iudicato wurde der Belangte vor den Beamten geführt; dieser hatte indessen die Schuldfrage gar nicht zu untersuchen, sondern nur zu prüfen, ob der Belangte, wie es nötig war, einen Anwalt stellte, und wenn dies nicht geschah, ihn dem Kläger zur Haft zuzusprechen.

Im altgermanischen Rechte scheint das Beweisverfahren den ursprünglichen Verhältnissen noch ganz nahe zu stehen. Dagegen ist die legis actio per sacramentum, die wichtigste unter den römischen legis actiones, aus viel jüngeren Anschauungen erwachsen. Wenn wir Dionysius trauen dürfen, so würde noch Appius Claudius den Rechtsstreit über Verginia mit Berufung auf seine eigene — übrigens ausseramtlich erlangte — Kenntniss von der wahren Sachlage entschieden haben. Andere damit übereinstimmende Nachrichten fehlen uns aber, und später war jedenfalls in Rom und Attika der Beamte zu einem endgültigen Urtheil über die Thatfrage überhaupt nicht mehr befugt. Nur das indische Recht verlangte stets eine Entscheidung in der Sache und zeigt hierin wie in der vollständigen Durchführung der Inquisitions-

maxime wieder eine nahe Verwandtschaft mit dem semitischen Rechte.

Wahrscheinlich bestand in der Urzeit überhaupt keine durchgehends beobachtete Sitte; es mochte vom Häuptlinge selbst abhängen, in wie weit er sich auf eine Untersuchung einlassen wollte. Diesen schwankenden Zustand stellte später jedes Volk selbstständig fest: bei den Indern urtheilte der Häuptling über die Thatfrage immer, bei den Germanen nur auf Grund sehr beschränkter Beweismittel, bei Römern und Griechen wenigstens in späterer Zeit niemals. Die Entscheidung selbst musste in Ermangelung eines Urtheils auf andere Weise erfolgen: bei den Germanen durch Eid oder Zweikampf der Streitenden, bei den Römern durch besonders bestellte Privatrichter, bei den Griechen durch die Volksgerichte.

Spätere Schriftsteller der römischen Geschichte stellen die Sachlage so dar, als wenn die Könige ursprünglich volle Gerichtsbarkeit gehabt hätten, und diese erst den ihnen nachfolgenden Beamten genommen worden wäre[165]). Das wird so zu verstehen sein, dass die Könige zum Urtheil stets befugt waren, und dass die später eingeführten Gerichte noch nicht bestanden, nicht aber so, als ob jene thatsächlich immer geurtheilt hätten. In den meisten Fällen werden sie nur Versöhnungsversuche gemacht, und wenn diese misslangen, auf die Einsetzung eines Schiedsrichters hingewirkt oder der Selbsthülfe der Streitenden freien Lauf gegeben haben.

Für diese Auffassung sprechen ausser der römischen legis actio per manus iniectionem mehrere Gründe. In älterer Zeit wird bei Griechen und Germanen als eine Hauptthätigkeit der Könige hervorgehoben, dass sie bei Streitigkeiten vermitteln[166]). Ferner wäre die übereinstimmende Regel bei Griechen und Römern, nach welcher die Beamten nicht zu

[165]) Cicero de republ. 5, 2 § 3. Dionys. 10, 1.

[166]) Hesiod Θεογ. 89 f. (βασιλῆες) μετάτροπα ἔργα τελεῦσι ῥηιδίως μαλακοῖσι παραιφάμενοι ἐπέεσσιν. Caesar bell. Gall. 6, 23. principes regionum atque pagorum inter suos ius dicunt controversiasque minuunt.

urtheilen haben, und das Verfahren in zwei Abschnitte, zur Einleitung vor dem Beamten und zur Entscheidung, zerfällt, nicht zu erklären, wenn nicht die Grundlagen dazu in dem ältern Rechtszustande vorhanden gewesen wären. Man hätte sonst eine durchaus neue Ordnung des Verfahrens treffen müssen, wie sie in so früher Zeit kaum wahrscheinlich, am wenigsten aber bei zwei Völkern gleichmässig anzunehmen ist. Auch ist nicht abzusehen, weshalb die alten Germanen auf den Eideshelfereid, ja sogar auf den Zweikampf zurückgriffen, wenn ihre Vorfahren schon eine Beweisführung in voller Ausbildung kannten. Alles erklärt sich dagegen durch die Annahme, dass man den Beamten die Gerichtsbarkeit in dem Umfange liess, wie sie seit Alters her thatsächlich geübt worden war, und für diejenigen Fälle, welche bisher unentschieden blieben und dem Austrag durch Selbsthülfe anheimgegeben wurden, neue Einrichtungen traf.

Das Ansehen des Spruches war nicht grösser als das Ansehen des Richters selbst. Gab es keinen Höheren oder Gleichen, so durften die Streitenden allerdings nicht wagen, sich dagegen aufzulehnen, und dies galt unzweifelhaft für den indischen König. Andernfalls aber war eine Berufung auf andere Beamte, wie bei den Römern, oder ein Schelten des Urtheils, wie bei Germanen und Walen[167]), durchaus nicht ausgeschlossen.

War die Entscheidung endgültig gefällt, so wurde sie regelmässig nicht vom Häuptlinge selbst vollstreckt, sondern musste auf dem Wege der Selbsthülfe durchgeführt werden. Eine Zwangsvollstreckung kennt das indische, eine Beihülfe des Grafen zur Befriedigung auch das germanische Recht. Dagegen machte der siegreiche Kläger sich bei den Griechen bezahlt, indem er selbst den Verurtheilten pfändete[168]), bei den Römern, indem er sich an seine Person hielt (manus

---

[167]) Walter Wales S. 473.

[168]) Heffter Athenäische Gerichtsverfassung S. 454 ff.

iniectio). Dem ursprünglichen Zustande scheint das Letztere zu entsprechen, da die Vollstreckung durch die Beamten, wenn sie einmal bestanden hätte, wohl kaum zu Gunsten der roheren Selbsthülfe wieder beseitigt worden wäre.

Die Thätigkeit des Häuptlings scheint hiernach in der Regel einen vorwiegend polizeilichen Charakter getragen zu haben. Er entschied nicht immer, sondern sorgte häufig nur dafür, dass der Streit nach den damals geltenden Grundsätzen, nach Umständen durch Selbsthülfe, ordnungsmässig ausgetragen wurde. Auf eine Beschränkung seiner Gewalt ist aus diesem Gebrauche nicht zu schliessen: er hatte allerdings die Befugniss, gegen Person und Vermögen der Privaten einzuschreiten und machte davon in seinem und des Staates Interesse ausgiebigen Gebrauch [169]), die Durchführung des Rechtes war damals aber noch nicht Staatssache geworden und blieb daher den Betheiligten überlassen.

§ 16. Die Volksgerichte.

Die erste Stufe einer Gemeinschaft ist dadurch bedingt, dass die Genossen sich, wenn auch in beschränktem Masse, Hülfe leisten. Da selbst Thiere auf den Schrei anderer herzueilen, so kommt die Gewohnheit, sich gegenseitig zu unterstützen, den Menschen nicht einmal als ausschliesslicher Vorzug zu, und jedenfalls ist kein Volk so roh, dass es sie nicht kennen sollte. Die Griechen zur Zeit Homers betrachteten sie als etwas natürliches und selbstverständliches, und setzten sie selbst bei Völkern wie den Kyklopen, die in gar keinem Gemeindeverbande lebten und sich überhaupt nicht um einander kümmerten, ohne Anstand voraus. Homer erzählt, dass Odysseus sich deshalb Polyphem gegenüber mit klugem Vorbedacht *Οὖτις* nannte. Dieser erhob in der That, als er später geblendet wurde, ein weitschallendes Geschrei, die umwohnenden Kyklopen eilten darauf herbei und fragten vor

---

[169]) Wie noch die römischen Beamten zur Zeit der Republik.

der Höhle stehend, ob ihm jemand seine Herden rauben und ihn mit Gewalt oder List tödten wolle. Sie missverstanden indessen seine Antwort: *Οὖτίς με κτείνει δόλῳ οὐδὲ βίηφιν*, und entfernten sich in dem Glauben, dass er an einer Krankheit leide [170].

Die uralte Sitte ist oft zur Rechtspflicht erhoben worden. Wer auf einen Hülferuf nicht herbeieilte, zahlte bei den Indern 100 panas Strafe. In Böhmen mussten die Nachbarn kommen, um den Verbrecher zu verhaften oder dessen Spur zu verfolgen, andernfalls waren sie gehalten, den erlittenen Schaden zu ersetzen. Erst das ius Conradi beseitigte um 1200 diese Verpflichtung [171]. Dem Notruf gegen Mörder, Strassenräuber, Diebe und reissende Thiere, den der Wächter der Gemeinde ertönen liess, musste auch bei den Walen jeder folgen [172]. Bei den Germanen kann dieselbe Rechtsbildung schon in früher Zeit nachgewiesen werden und ist später sorgfältig weiter entwickelt worden. Nach dem Sachsenspiegel sollten alle, die zu ihren Jahren gekommen waren, gewaffnet dem Hülferufe (gerûchte) folgen, befreit waren nur Pfaffen, Weiber, Küster, Hirten und die durch echte Not Gehinderten. Führte die Spur in ein Haus desselben Gerichtssprengels, so musste sogar jeder drei Tage bleiben und sich selbst beköstigen; führte sie in ein Dorf eines andern Gerichtssprengels, so musste der Ruf erneut werden. Im Anschluss hieran hat sich in jener Zeit, in welcher die Grafengerichte schon lange allgemein bestanden, ein förmliches Gerichtsverfahren ausgebildet. Die Zusammengekommenen, wenn sie Bürger einer Stadt oder Bauern von mindestens drei Dörfern waren, wählten einen Gôgrafen, sie selbst wurden zu Urtheilern, und der Spruch ward sogleich gefällt [173]. Bei Griechen und Römern

---

[170]) Od. 9, 399 ff. Auch die von Odysseus überfallenen Kikonen riefen ihre Genossen herbei. Od. 9, 47.

[171]) Yâjnavalkya 2, 234. Jirecek Ueber Eigenthumsverletzungen S. 15.

[172]) Walter Das alte Wales S. 196. S. 477.

[173]) Grimm R.-A. 876 ff. Sachsenspiegel II 71 § 3 ff. Planck

finden sich Rechtssätze dieser Art nicht, die Sitte aber war auch ihnen nicht fremd. Der Streit über die Freiheit der Verginia in Rom, der Neaira in Athen zeigt uns, wie das Volk bei Rechtshändeln zusammenströmte und etwaigen Unregelmässigkeiten durch sein Eingreifen vorbeugte. Die Frage, wie beide Völker trotz des Mangels jeglicher geordneter Zwangsvollstreckung schon ein ausgebildetes Recht haben konnten, und wie man gegen den dauernd Widerspenstigen seinen Anspruch verfolgte, löst sich so sehr einfach durch die freiwillige Hülfe der Volksgenossen.

Eine höhere Bildungsstufe verrät es, wenn das Volk als Gesammtheit auftritt. Auch hier darf man für die älteste Zeit nicht an bestimmt abgegrenzte Befugnisse, an allgemein feststehende Formen, überhaupt nicht an eine Verfassung in unserem Sinne denken. Die Gemeinden waren Verbände zu gegenseitigem Schutz; sie wahrten ihre gemeinsamen Interessen nach aussen und innen gemeinschaftlich und schritten bei Verletzungen Einzelner nach Gutbefinden ein. Sie hatten Versammlungen, welche bei Homer noch jeder in seinen oder des Volkes Angelegenheiten berufen durfte, für die aber doch schon einige feste Regeln gegolten haben mögen. Häufig werden die Zusammenkünfte übrigens nicht gewesen sein, denn in Ithaka fanden sie während der Abwesenheit des Odysseus zwanzig Jahre hindurch nicht statt[174]), ohne dass wir von besonders nachtheiligen Folgen hören.

Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter S. 759 ff., insbesondere S. 769. * Der Hülferuf der Genotzüchtigten verpflichtet noch im Schwabenspiegel 209 W. bei Todesstrafe zum Beistand; selbst die Hausthiere, die nicht der Geraubten beigestanden oder durch ihr Geschrei keine Rettung herbeigerufen haben, sollen getödtet werden. Vgl. Grimm i. d. Z. f. D. R. V S. 18, Osenbrüggen a. a. O. XVIII S. 99 u. Die Personificirung der Thiere in Osenbrüggen's Studien zur deutschen u. schweiz. Rechtsgesch. S. 144. Ueber die Pflicht zur Spurfolge beim Diebstahl im Merovingerreich vgl. die Decretio Chlotharii c. 1 u. dazu Sohm Frank. Reichs- u. Gerichtsverfassung I S. 182 ff. *

[174]) Od. 2, 25 ff. Der König hatte bei Homer einen Ehrensitz. Od. 2, 14.

Der Kreis der öffentlichen Angelegenheiten war nicht bestimmt, doch hat eine gewisse rohe Rechtspflege von jeher dazu gehört. Wer den Unwillen der Gesammtheit auf sich zog, ward gewiss immer bestraft; schon die alten Germanen zur Zeit des Tacitus hingen Verräter und Ueberläufer an Bäumen auf und versenkten Feige in Sümpfe [175]). Der Einzelne konnte ebenfalls Hülfe verlangen, musste dann aber die Genossen durch besondere Mittel seinem Wunsche geneigt zu machen suchen. Auch hier bestand eine uralte Sitte, nach welcher er sich durch Wehklagen an das Mitleid wendete. Die Ursprache hatte dafür ein Wort gargh, von welchem im Sanskrit garh „anklagen, beschuldigen", im Deutschen clagên oder clagôn, unser „klagen" mit seiner doppelten Bedeutung herkommt [176]).

Von dem ältesten Rechtsleben der Germanen wissen wir in dieser Beziehung wenig, Tacitus sagt nur, dass in den regelmässigen Volksversammlungen auch strafrechtliche Anklagen verhandelt wurden, ohne über die Form weiteres zu berichten [177]). Bei Homer findet sich zweimal der Versuch eines Verletzten, die Gemeinde zur Hülfe zu bewegen. Als Telemach sich über die Freier beklagte, liess er es an Thränen nicht fehlen, und der Dichter erzählt, dass in der That das ganze Volk von Mitleid ergriffen wurde. Indessen war dies doch nicht gross genug, denn die Versammlung löste sich schliesslich auf, ohne etwas zu thun. Nach der Ermordung der Freier verlangte Eupeithes, der Vater des Antinoos, in einer Versammlung Rache an Odysseus, und auch hier heisst es: So sprach er unter Thränen, und Mitleid ergriff alle Griechen. Der grössere Theil gab ihm schliesslich keine Folge, der kleinere zog mit ihm gegen Odysseus [178]). Solche Versuche können nicht selten gewesen sein, denn auch

[175]) Tac. Germ. 12.

[176]) Fick Wörterbuch I S. 72. Abgeleitet garghâ Klage S. 73.

[177]) Tac. Germ. 12.

[178]) Od. 2, 81 ff. Od. 24, 421 ff.

die Freier fürchteten wegen ihres Mordversuchs auf Telemach, dass dieser sie deswegen anklagen und ihre Vertreibung durchsetzen würde, um so mehr, als das Volk nicht vollständig auf ihrer Seite stand [179]. Aus allem geht hervor, dass nicht notwendig beide Theile gehört werden mussten, und dass ein eigentliches Urtheil nicht gefällt wurde. Massgebend für die Entscheidung war weniger Gerechtigkeit in unserm Sinne als Mitleid und eigner Vortheil, und überhaupt wurde kein Beschluss gefasst, welcher die Minderheit gebunden hätte. Andererseits aber gab es bereits eine öffentliche Meinung, und diese war einflussreicher und gefürchteter als bei uns [180].

Auch vor der Volksversammlung gab es kein Beweisverfahren, es war gleichgültig wie sich jeder seine Ueberzeugung verschaffte. Wer das Recht klar auf seiner Seite hatte, wird gewöhnlich leicht Hülfe gefunden haben, daher erklärt sich der grosse Wert, welchen die ältern Rechte auf augenscheinliche Anzeichen einer That [181] und auf Zuziehung von Zeugen bei Rechtsgeschäften legen. In zweifelhaften Fällen mag man den Kläger einfach auf Selbsthülfe verwiesen, vielleicht auch, wie bei den Germanen, den Kampf angeordnet haben.

Das alte Verfahren hat sich noch in spätern Einrichtungen vielfach erhalten. Die Sitte der Wehklage bestand in Rom und Athen für die Volksgerichte fort, und es galt als Uebermut, sich ihr nicht zu fügen. Socrates ist vorzüglich aus diesem Grunde verurtheilt worden. Dass nicht der Kläger, sondern der Angeklagte das Mitleid zu erregen suchte, erklärt sich daraus, dass jener, wie sich wenigstens für Rom leicht nachweisen lässt, derjenige war, welcher gegen den Kläger

---

[179]) Od. 16, 374 ff.

[180]) z. B. Od. 2, 101 u. 136.

[181]) Am bekanntesten für das germanische Recht, s. z. B. Grimm R.-A. S. 633 f.; für das russische Prawda 3, Ewers Das älteste Recht der Russen S. 265; für die altrömische Anschauung vgl. die Sage bei Livius 1, 51.

d. h. ursprünglich gegen den Beamten Hülfe suchte. Bei den Germanen ist die Wehklage in einzelnen Fällen zur Form geworden, übrigens in der Weise, dass sie mit dem Notruf dieselbe Bezeichnung erhielt. Es ist seltsam, wie dies die spätere Zeit entwickelt hat. Der Kläger bittet zuerst um Erlaubniss zur Wehklage, um dann sein Geschrei zu erheben, bis ihn der Frohnbote beruhigt, und endlich ein Urtheil über die richtige Beobachtung der Form fällen zu lassen [182]. Während also die Römer, welche den gewaltthätigen Streit völlig aus ihrem Rechte verbannten, die Form desselben behielten, und umgekehrt die thatsächlich beibehaltene Wehklage von Rechts wegen nicht für notwendig erklärten, so haben die Germanen ihrerseits den Zweikampf in Wirklichkeit und die Wehklage als Form weiter bestehen lassen.

§ 17. Die Schiedsgerichte.

Die Feststellung der Rechtsfrage trat in den rohen Zeiten gegen die Verwirklichung des beanspruchten Rechtes durchaus in den Hintergrund. Jeder suchte seine vermeintliche Forderung mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln durchzusetzen. Er brach den Widerstand seines Gegners, ohne sich darum zu kümmern, was dieser für Beweggründe hatte, und ob er sich in redlicher Absicht oder im Bewusstsein seines Unrechts widersetzte. Auch für das Volk und die sonstigen Beistände galt nichts anderes.

Wenn indessen die Streitenden an Kräften gleich waren, und der Ausgang des Kampfes sich nicht mit Sicherheit vorhersehen liess, zogen sie wohl eine gütliche Einigung vor. Bisweilen verstand der Verletzer sich ohne weiteres zu einer mässigen Sühne, in andern Fällen wandte man sich an einen Vermittler, dessen Aufgabe in dem Versuch einer Versöhnung bestand, oder an einen Schiedsrichter, der die Rechtsfrage

---

[182]) Grimm R.-A. S. 633 f. S. 878 f. Planck Deutsch. Ger. S. 762 ff. Auch bei den Walen war zur Anklage wegen Notzucht Hülfegeschrei nötig. Walter Das alte Wales S. 450.

feststellen sollte, und dem sich die Streitenden von vorn herein unterwarfen. Als solcher konnte auch wohl einer der Streitenden selbst aufgestellt werden, denn ein Urtheil in eigner Sache war den Alten durchaus nicht so anstössig wie uns.

Zur Erfüllung des so gefällten Spruches gab es ursprünglich ebenso wenig wie bei der Entscheidung des Häuptlings besondere Zwangsmittel. Nur durch eidliche Versprechungen konnte man sie unter den Schutz des Sittengesetzes stellen, abgesehen davon mochte man es immerhin noch nachträglich auf den Kampf ankommen lassen. Doch durfte der Gegner jetzt bei der Offenkundigkeit seiner Forderung eher auf Hülfe von der Gemeinde oder andern Personen hoffen, und namentlich liess sich der Schiedsrichter selbst, wenn er wie gewöhnlich ein mächtiger Mann war, häufig zum Beistande bereit finden, weil er sich durch die Missachtung seines Urtheils beleidigt fühlte.

Die Sitte Schiedsrichter einzusetzen findet sich bei den Indogermanen in sehr weiter Ausdehnung, sowohl zwischen Einzelnen wie zwischen ganzen Völkern. Später ist sie meistens in das staatlich anerkannte Recht übergegangen, hat sich aber keineswegs auf dasselbe beschränkt, sondern ist auch für andere Fälle, wo sich jemand persönlich beeinträchtigt glaubt und in Folge dessen zur Selbsthülfe greifen will, in Uebung geblieben.

Das indische Recht weist eine wenn auch nicht bedeutende Spur des alten Gebrauches auf, es hat unter der Bezeichnung vyavahâra ein Rechtsmittel zur Eintreibung von Schulden, welches allerdings von den einheimischen Erklärern selbst nicht ganz übereinstimmend aufgefasst wird. Nach derjenigen Ansicht, welche die grösste Wahrscheinlichkeit für sich hat [183]), bestand es darin, dass der Gläubiger den Schuldner nach einer Verhandlung vor einer Versammlung von Menschen durch Haft zur Bezahlung zwang.

---

[183]) Als solche ist sie nachgewiesen von Jolly Ueber das indische Schuldrecht S. 315. s. Anm. 97.

Wichtigere Ueberbleibsel finden sich bei den europäischen Völkern. Bei Homer entsteht zwischen Idomeneus und dem jüngeren Aias ein Streit darüber, wer bei einem Wettrennen, dem sie als Zuschauer beiwohnen, der vorderste sei. Ersterer schlägt eine Wette in der Weise vor, dass sie je einen Dreifuss oder ein Waschbecken einsetzen und Agamemnon zum Schiedsrichter (ἵστωρ) wählen. Ebenso wollen die Parteien in der Gerichtsscene, welche auf dem Schilde des Achilleus abgebildet war, ihre Sache vor einem Schiedsrichter ausmachen [184]).

Die alten Germanen pflegten nach Tacitus bei ihren Gastgelagen Versöhnungsversuche zu beraten [185]). In altnordischen Sagen sind Schiedsrichter sehr häufig. Es wurden angesehene Männer, nach Befinden einzeln oder in grösserer Anzahl, gewählt. Eine besondere Ehre war es, wenn einer der Streitenden selbst dazu bestimmt wurde, und es konnte bisweilen jemand durch den Druck der öffentlichen Meinung bewogen werden, von der regelmässigen Rechtsverfolgung abzusehen und sogar seinem Gegner selbst die Entscheidung zu überlassen [186]). Auch die Edda weiss von Schiedsrichtern zu erzählen. Bemerkenswert ist eine Sage derselben, nach welcher Loki sein Haupt mit einem Zwerge Brock verwettete. Alle Götter urtheilten darüber, gelten sollte aber das Urtheil, welches Odhin, Thor und Freyr sprechen würden. Der Zwerg siegte, Loki entfloh, wurde aber auf jenes Bitte von Thor ergriffen und ihm übergeben [187]).

In der römischen Volkssage finden sich ähnliche Spuren in grosser Menge. Numa soll von den umwohnenden Völkerschaften bei ausbrechenden Streitigkeiten zum Schiedsrichter

---

[184]) Ilias 23, 485 ff. 18, 501.

[185]) Tac. Germ. 22.

[186]) Wilda Strafrecht S. 202 ff. Vgl. Edda Harbardsliód 42. Holtzmann S. 228. „Büssen soll ich dir das mit einem Handring, wie es die Schiedsrichter lieben, wenn sie uns versöhnen wollen."

[187]) Simrock Edda S. 305 ff.

gemacht worden sein[188]. Tarquinius Superbus entschuldigte eine Versäumniss damit, dass er in einem Streite zwischen Vater und Sohn einen Termin gehabt habe[189]. Schon hieraus ergiebt sich, dass die Sitte nicht auf das eigentliche Rechtsverfahren beschränkt war, denn in den uns genauer bekannten Zeiten war ein Rechtsstreit zwischen Vater und Sohn nicht möglich, und auch damals machte einer der Betheiligten der Entschuldigung gegenüber geltend, dass es zwischen beiden einer Vermittlung nicht bedürfe, da der Sohn dem Vater einfach zu gehorchen habe. Später ward Porsena auf Vorschlag der Römer Schiedsrichter zwischen diesen und dem vertriebenen Königsgeschlechte, den Tarquiniern. Er sollte beide Theile anhören und weder Freundschaft noch Feindschaft berücksichtigen. Der König zog bei dem Urtheile seine Freunde und seinen Sohn als Beisitzer zu[190]. Die Latiner hatten sogar für ihre Streitigkeiten schon zu Anfang der römischen Republik ein ständiges gemeinschaftliches Gericht. Die Städte Ardea und Aricia wählten endlich das römische Volk zum Richter über ein zwischen ihnen streitiges Land. Es stellte sich heraus, dass es den Römern selbst nach dem Rechte der Eroberung gehörte, und in der That wurde demgemäss entschieden, obgleich die Consuln es nach der Ueberlieferung an Vorstellungen über die Rechtswidrigkeit eines solchen Spruches nicht fehlen liessen[191].

In welcher Weise die Bestellung eines Schiedsrichters in alter Zeit erfolgte, kann man noch aus den spätern Schriften zeigen; wie bei uns, so erhielten sich auch bei den Alten gewisse Anschauungen in manchen Kreisen, namentlich im niedern Volke, lange nachdem die Rechtsentwicklung über sie hinweggegangen war. Eine drollige Stelle bei Plautus

---

[188]) Dionys. 2, 76. διαλλακτῆρας ἐποιοῦντο Ῥωμαίους καὶ ἐπὶ διαιτητῇ Νόμᾳ τὰς ἔχθρας διαλύειν ἠξίουν.

[189]) Liv. I 50.

[190]) Dionys. 5, 32 vgl. 5, 65.

[191]) Dionys. 11, 52. Liv. 3, 71. 72.

stellt den Streit zweier Sklaven Trachalio und Gripus über eine aus dem Meere gefischte Sache dar. Da sie sich nicht einigen können, fragt Trachalio Gripus, wen er zum Schiedsrichter haben wolle (quoius arbitratu nos uis facere), und macht, da dieser ausweichen will, Miene, sich dem Wegbringen der Sache gewaltsam zu widersetzen. Es folgen Drohungen und Herausforderungen zum Kampfe, dann Rechtsausführungen, welche den Zweck haben, den andern Theil zu fangen und zum Geständniss seines Unrechts zu zwingen — alles natürlich den Zwecken der Komödie gemäss in komischer Verdrehung damals geltender Sitten und Rechtsregeln. Endlich schlägt Trachalio nochmals einen Schiedsrichter vor, und Gripus nimmt ihn nunmehr an, wie er sagt, weil er dies dem Kampfe vorzieht [192]).

§ 18. Selbstständige Entwicklung des Rechtsverfahrens bei den einzelnen Völkern.

Die Sprachkundigen nehmen meistens an, dass das Urvolk sich zunächst in zwei Theile gespalten habe, die Arier und die Europäer, dass letztere sich dann ihrerseits in ein Nordvolk, von welchem Slaven, Letten und Germanen abstammen, und ein Südvolk, von welchem Griechen, Italiker und Kelten herrühren, getrennt hätten [193]). Der Charakter des Rechts stimmt hierzu sehr wohl. Wir haben oben gesehen, dass die indische Anschauung in vielen Punkten durchaus von der der europäischen Völker abweicht, es hat sich ferner oft eine ganz nahe Verwandtschaft zwischen Germanen und Slaven herausgestellt, an der freilich, wie sich nicht verkennen lässt, auch die Kelten nicht selten theilnehmen, und bei Römern und Griechen ist die Aehnlichkeit der Rechtsentwicklung häufig noch grösser, erklärt sich hier aber nicht immer

[192]) Plautus Rudens 1001 ff.

[193]) Fick Die ehemalige Spracheinheit der Indogermanen Europas S. 262 ff.

durch die gemeinsame Abstammung allein, sondern bisweilen nur durch unmittelbare Entlehnung.

Betrachten wir die sämmtlichen indogermanischen Völker, so finden wir meistens im Allgemeinen, selten aber in Einzelheiten Uebereinstimmung, und dem entsprechend ist auch die Zahl der gemeinsamen Rechtsausdrücke gering. Nur zwei Rechtsbildungen, welche ganz verschiedenen Gebieten angehören, das Königthum und die dingliche Klage[194]), zeigen die alte Verwandtschaft noch durchweg; um so häufiger sind die Fälle, dass sich gewisse Anschauungen durch alle Rechte durchziehen, aber niemals genau in derselben Gestalt wiederkehren.

So macht sich z. B. überall, wenn auch in sehr verschiedener Weise, ein grosser Einfluss der Priester in der Rechtspflege bemerkbar. Bei den Indern waren sie die regelmässigen Beisitzer im Gerichte des Königs und konnten auch diesen selbst vertreten, bei den Germanen leiteten sie die Volksversammlungen und hatten sogar ein Strafrecht[195]). Im alten Gallien besassen die Druiden eine weitausgebreitete Gerichtsbarkeit über Vergehen und bürgerliche Streitigkeiten aller Art und verschafften ihren Sprüchen durch Ausschliessung vom Opfer Gehorsam[196]). Auch im alten Rom stand den Priestern die Auslegung des Rechts zu und manche Spur weist auf ihren allerdings später verlorenen Einfluss hin. In religiösen Sachen ertheilten sie noch zur Zeit Ciceros Gutachten, und sogar Festus bezeichnet den Oberpriester als Schiedsrichter in göttlichen und menschlichen Angelegenheiten[197]).

---

[194]) Eine allerdings nur oberflächliche Darstellung dieser Verwandtschaft habe ich in dieser Zeitschrift I S. 18 ff. gegeben. Ich bemerke, dass in den verschiedenen Rechten auch durchaus ähnliche Formen für die Haussuchung vorkommen.

[195]) Tac. Germ. 11. Vgl. Waitz Deutsche Verfassungsgeschichte 2. Aufl. S. 335 f. S. 394. Baumstark Urd. Staatsalterthümer S. 254 ff.

[196]) Caes. bell. Gall. 6, 13.

[197]) Festus uoc. Ordo. Vgl Mommsen Staatsrecht II. Abth. 1 S. 44. Auf ihren früheren Einfluss in bürgerlichen Streitigkeiten deutet das

Dieser Einfluss ist durchaus natürlich. Denn die Klasse, welche wir heute als Priester zu bezeichnen pflegen, hatte ursprünglich keineswegs ein so beschränktes Gebiet, wie man danach annehmen sollte. Die sogenannten Priester waren die Gelehrten der damaligen Zeit, und wenn sie sich auch vorzugsweise mit dem Verhältniss der Menschen zu den Göttern beschäftigten, so pflegten sie doch auch die Kenntniss von den Verhältnissen der Menschen zu einander und zu der Natur und waren demnach zugleich Rechts- und Arzneikundige. Die weitere Ausbildung ihrer Wirksamkeit im Rechte scheint sich aber bei den einzelnen Völkern selbst vollzogen zu haben, denn gemeinsame Regeln, die auf denselben Ursprung zurückdeuten, lassen sich nicht nachweisen. Freilich können solche ebensowenig in Abrede gestellt werden, da der Einfluss der Priester später wieder geschwunden ist, und deshalb die bezüglichen Nachrichten noch aus einer halb sagenhaften Zeit stammen.

Bei den Europäern wird neben den Häuptlingen eine stärkere Thätigkeit der Gemeinde sichtbar. Dazu stimmt sehr wohl, dass ihnen ein Wort für Volk gemeinsam ist, welches im Oskischen und Sabinischen, im Altirischen, Altpreussischen, Lettischen und Deutschen wiederkehrt, den Ariern dagegen fehlt[198]. Der Einfluss des Volkes auf alle öffentlichen Angelegenheiten und namentlich auf die Rechtspflege scheint sich daher nach der ersten Trennung ausgebildet zu haben. Ebenso scheint die Bevorzugung bestimmter Formen der Selbsthülfe, namentlich der Verhaftung und der Pfändung, aus dieser Zeit zu stammen, weil das indische Recht alle Zwangsmittel ohne jeden Unterschied billigt.

Bei den einzelnen Völkergruppen wird der Stoff reicher,

Wort sacramentum und die rätselhafte Bemerkung von Pomponius Dig. I 2 l. 2. § 6 actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno praeesset priuatis. S. Mommsen a. a. O. S. 45 Anm. 3.

[198]) Fick Wörterbuch I S. 602.

aber die Bearbeitung in gleichem Masse schwieriger. Entlehnungen spielen eine grössere Rolle und lassen sich nicht leicht von der ursprünglichen Verwandtschaft unterscheiden. Das Verhältniss des römischen sacramentum zu den attischen πρυτανεῖα, der Zusammenhang des Zweikampfs bei Germanen, Slaven und Kelten, die Aehnlichkeit mancher Regeln für die Ladung des Gegners und für die Beistände im Rechtsverfahren ist nicht von vorn herein durchsichtig.

Selbst wo die Entlehnung aus irgend einem Grunde ausgeschlossen werden kann, darf man keineswegs bei allen ähnlichen Rechtsbildungen behaupten, dass sie schon vor der Trennung der betreffenden Völker bestanden. Wie oben gezeigt, kannten verschiedene Stämme einen Zwang zur Annahme des Wehrgeldes in grösserem oder geringerem Umfange oder — wie die Römer — wenigstens in vereinzelten Spuren, und doch beweisen die ältesten Nachrichten, dass die Slaven, Germanen und Griechen einen solchen ursprünglich nicht hatten, dass er sich also erst lange nach der Scheidung dieser Völker entwickelt haben muss. Da die sich trennenden Stämme sämmtlich dieselben Anschauungen theilten, so konnte der Uebergang zu gesitteteren Staats- und Rechtszuständen oft in ähnlicher Weise erfolgen, und für das Wehrgeld lag es, um die sich häufenden Mordthaten aus Rache einzuschränken, insbesondere nahe, statt ihrer zu bestimmen, dass jeder die Sühne in Geld, die schon bisher oft durch Vertrag vereinbart worden war, anzunehmen gezwungen sein sollte.

Aus allem geht hervor, dass die Vergleichung des römischen Rechtes mit den Rechten anderer alter Völker zwar manche Schwierigkeiten bietet, aber gerade für eine richtige Auffassung der wenigen lückenhaften Nachrichten, die wir von der früheren Entwicklung des ersteren besitzen, durchaus unentbehrlich ist. Wir bekommen dadurch ein Bild von den Urzuständen und gewinnen zugleich einen Anhalt, um die Ueberlieferung zu verstehen und durch Vermutungen zu ergänzen, während Missverständnisse nicht ausbleiben könnten,

wenn wir mit den Anschauungen unseres grundverschiedenen Zeitalters und ohne alle Kenntniss urwüchsiger Verhältnisse an die altrömische Rechtsgeschichte herantreten wollten.

Zwei weitere Hülfsmittel dienen zugleich zur Prüfung und zur Unterstützung der so gewonnenen Ergebnisse: die vergleichende Sprachwissenschaft und die alten Volkssagen. Jene zeigt uns, welche Begriffe und Einrichtungen den verschiedenen Völkern bereits vor ihrer Trennung bekannt waren, diese erzählen uns unmittelbar von den Anschauungen und Rechtsbildungen der Zeit, in der sie entstanden sind, und berichten in dieser Weise oft von Jahrhunderten, über welche selbst die Alten keinerlei unmittelbare Kunde mehr besassen.

Literarische Anzeigen.

Ludwig Schiffner, J. und F. Dr., a. o. Professor der Rechte an der Franz-Josefs-Universität in Czernowitz. **Systematisches Lehrbuch des österr. allgemeinen Civilrechtes.** Wien. Heft 1—4. 1877—1879 bei Alfred Hölder.

Der juristische Nachwuchs der österr. Hochschulen vermisst bisher eine kurze systematische Darstellung des österr. bürgerlichen Rechtes. Das Unger'sche System — wenn wir von dem allerdings gedrängt gefassten Erbrecht absehen — ist auf zu breiter Grundlage aufgebaut, um als Einführung in das Studium des österr. Civilrechtes dienen zu können, Für eine gedrängte, übersichtliche Zusammenstellung der Grundzüge des österr. Privatrechts können wir zwar auch das vorliegende „Systematische Lehrbuch etc." nicht ansehen — dafür ist dasselbe u. E. trotz der Beschränkung auf seinen nächsten Gegenstand und trotz der Knappheit des literarischen Apparats — viel zu ausführlich. Indess ist dies keineswegs ein Mangel, welcher der Erreichung der nächsten Zwecke des Verfassers wesentlich hinderlich sein könnte. Weit mehr möchten wir zu den Hindernissen der letztgedachten Art die abstrakte, formalistische und mitunter nicht immer klare Darstellungsweise rechnen. So z. B. bezweifeln wir, ob es

selbst gesetzeskundigen Juristen leicht sein wird, sich aus den §§ 7. 21—23. 59. 67. 95 ein klares Bild zu schaffen über das Wesen der Gesetze im Gegensatze zu den Verordnungen, über die örtlichen und zeitlichen Grenzen des Privatrechtes, insbesondere über die sogenannte Nichtrückwirkung der Gesetze, über das Wesen der juristischen Person und die dort aufgestellten vier Arten derselben (nämlich Corporationen, öffentliche Anstalten, Sachgesammtheiten, Vermögensinbegriffe), über gewisse Abstufungen der Extracommercialität, über die Verschiedenheit der Ziele der Eintragungen etc. Auch die Genauigkeit der Fassung lässt oft zu wünschen übrig; was sollen z. B. die Sätze sagen, wie S. 25 „Vermischte civ. Abhandlungen etc.", S. 27 „Entstehung, Consistenz (?) etc. des objektiven Rechts etc.", S. 33 „Hievon gibt es noch k. Patente etc." S. 37 „Offenbar ist u. s. w.", S. 44 „Ein Gesetz, welches wegen eines bestimmten Gebietes erlassen wird" etc. etc. Nicht unbemerkt darf bleiben, dass die übermässige Zerstückelung des Stoffes, bez. zusammenhängender Materien und der gehäuften, nicht immer gerechtfertigten Eintheilungen, die in einem Lehrbuch gebotene Uebersichtlichkeit und Gemeinfasslichkeit nicht wenig beeinträchtigen. Auch finden wir gerade für ein Lehrbuch die so häufigen Apostrophirungen des begreiflicher Weise nicht selten ungenauen Gesetzestextes nicht passend. Warum endlich der Verfasser eine bisher nicht übliche oft störende Orthografie adoptirt, mag uns nicht einleuchten. Wenn wir diese Mängel, welche durch eine Umarbeitung leicht zu beseitigen wären, hervorheben, so bezwecken wir damit nicht die Verdienstlichkeit der Arbeit zu schmälern, sondern die Brauchbarkeit der später folgenden Hefte, bez. einer zweiten Auflage zu fördern. Mit Vergnügen constatiren wir auch, dass die später erschienenen Hefte (das 1. erschien 1877, das 2. 1878, das 3. und 4. 1879) gegenüber den früheren sowohl in sachlicher Beziehung als in Ansehung der Darstellung wesentliche Fortschritte aufweisen. Dies gilt insbesondere

von dem letzten Hefte, welches die formellen und materiellen Grundlagen des österreichischen Grundbuchsrechtes in sachgemässer Weise mit anerkennenswerter Klarheit zur Darstellung bringt, und um so anerkennenswerter erscheint, als es die relativ vollständigste systematische Bearbeitung des geltenden Tabularrechtes ist. Fast in allen wesentlichen Punkten hat hier der Verfasser das Richtige getroffen, namentlich in der nach praktischer Richtung hin wichtigen Frage: inwiefern nach österr. Rechte das Vertrauen Dritter auf das öffentliche Buch geschützt wird, und Referent freut sich, dass die auch von ihm wiederholt vertretene Auffassung — welche auch in der älteren Literatur, obwol nicht klar formulirt, zum Ausdruck gelangte, — in dem Verfasser einen tüchtigen Vertreter gefunden hat. Uebrigens sei nur kurz bemerkt, dass von den in §§ 100—111 angeführten acht, bez. elf „Principien" des österr. Grundbuchsrechtes nur etwa die Hälfte auf diese Bezeichnung Anspruch machen darf; die übrigen sind theils in den anderen enthalten, theils sind sie kaum mehr als Grundsätze der Manipulation. Mehr als in den vorgehenden Heften drängt sich jedoch gerade in diesem Hefte dem Leser der Wunsch auf, dass sich der Verfasser nicht darauf beschränken möge, die auf einzelne Punkte bezüglichen in der Gl. U. W.'schen Sammlung veröffentlichten Judikate des obersten Gerichtshofes nur nach Zalen zu citiren, sondern vielmehr deren Inhalt kurz skizziren möge; ausserdem erscheint eine solche Registrirung für den grössten Theil der Leser als überflüssiger Balast.

Um einzelne Ansichten des Verfassers zu berühren, so sei erwähnt, dass derselbe (§ 58a) neben den natürlichen Einzeln-Personen die natürlichen „Gesammtpersonen" einzuführen sucht; letztere seien nicht (wie die Corporationen) ein „einheitliches ideelles Rechtssubjekt", sondern eine Mehrheit von physischen Rechtssubjekten, die in gewissen rechtlichen Beziehungen geradezu gemeinschaftlich in Betracht kommt und nur scheinbar als Einheit behandelt wird. Dahin werden

gezählt: die Gesammtheit der physischen Personen, soweit sie das Substrat der juristischen Person bilden, die Gläubiger im Concurse, die unter einer Collectivbezeichnung zusammengefassten, auf den Todesfall bedachten Personen, die gewöhnlichen Gesellschafter, die „Gemeinschaft", die Gesammtheit der Besitzer von Theilschuldverschreibungen und Pfandbriefen derselben Kategorie. Meines Erachtens ist die Kategorie der „Gesammtperson" bei der Verschiedenheit der darunter begriffenen Fälle irrelevant und wertlos, und der Verfasser versucht daher auch nicht einmal, an dieselbe praktische Consequenzen zu knüpfen. Will man überhaupt die Einzelnpersonen nach gewissen gemeinsamen Interessen etc. als eine „Gesammtperson" behandeln, dann ist die Reihe derselben endlos, — dann müssen wir alle Einwohner des Staates, der Länder, Bezirke, Gemeinden, die bezüglichen Religionsgenossen, die Gläubiger des Erblassers und Erben (nicht blos die „einberufenen"), alle Handelsgläubiger und im Gegensatz zu ihnen die Privatgläubiger eines offenen Handelsgesellschafters, alle zu einer Parentel gehörigen Verwandten u. s. w., selbst alle „Ortsarmen" etc. als „Gesammtpersonen" hinstellen. Dass dies sehr leicht zum Zusammenwerfen der verschiedensten Fragen, insbesondere zu irrigen Generalisirungen führen kann, liegt auf der Hand. — Das Wesen der juristischen Personen findet der Verfasser (§ 59) darin, dass ein unpersönliches Vermögen, welches eine gewisse Bestimmung hat, als Personenvermögen — „und zugleich etwas thatsächlich unpersönliches als Subjekt des Vermögens fingirt wird". Hierin liegt augenscheinlich eine d o p p e l t e Fiction: einmal wird das unpersönliche Vermögen als persönliches gedacht, sodann wird — ganz unnöthiger Weise — „etwas Unpersönliches als Subjekt des Vermögens fingirt". Statt also die juristische Construktion zu vereinfachen, wird dieselbe im Gegentheil noch mehr complicirt. Der Verfasser will durch diese zweifache Fiktion die noch überwiegende (Savigny'sche) Personificationstheorie mit der von mir und Böhlau vertretenen

Theorie, welche dem unpersönlichen Vermögen die Rolle des Personenvermögens zutheilt, combiniren. Indessen enthält diese Combination eine unnöthige Verdoppelung der Fiction. Spielt das thatsächlich subjektlose Vermögen im Vermögensrechte dieselbe Rolle wie das Personalvermögen, — wozu dann noch die Fiction, dass etwas „Unpersönliches als Subjekt des Vermögens gedacht“ wird? Ebenso gekünstelt ist die Unterscheidung der juristischen Personen in folgende vier Arten: Corporationen (Staat, Kirchen, Gemeinden etc.), öffentliche Anstalten, Sachgesammtheiten, z. B. Kronländer, Bezirke und Städte als örtliche (?) Gebiete, endlich „Vermögensinbegriffe“ (?) z. B. Staats-, Landes-, Gemeindevermögen etc., Religionsfonde, Stiftungen etc. Die Verschwommenheit des Unterscheidungskriteriums erklärt es, dass dieselben juristischen Personen, z. B. der Staat, die Länder, Gemeinden etc. gleichzeitig in verschiedene Klassen eingereiht werden. — Bezüglich der bücherlichen Kategorie der „Anmerkungen“ (§ 96) beschränken wir uns auf die Bemerkung, dass u. A. die vom Verfasser aufgeführten Anmerkungen 1) der Vorausbezahlung des Bestandzinses (§ 1102 G.-B.), 2) der „Compensation“ (richtiger der zu compensirenden Gegenforderung § 1443), sowie 3) des Schätzungswertes eines Grundbuchskörpers nach dem neuen Gr.-Ges. von 1871 wohl nicht mehr zulässig erscheinen. Denn die §§ 20. 73 des Gr.-Ges. ergeben, dass die Fälle der „Anmerkung“ taxativ und nicht demonstrativ angeführt sind, und insbesondere bezieht sich der § 73 auf das a. B. G. B. nicht. Die Vorauszahlung des Bestandzinses könnte höchstens als Element des Bestandvertrages im Lastenblatt einverleibt (vorgemerkt) werden. (Der von Schiffner citirte Fall Nr. 4880 ist nach älterem Recht entschieden worden.) Auch eine „Anmerkung“ der Einreichungszahlen der gleichzeitig eingelangten Grundbuchsgesuche gibt es nicht; vielmehr ist nur dieser Umstand durch Beisetzung der Einreichungszahl des gleichzeitig überreichten Gesuchs in jeder der bezüglichen Eintragungen ersichtlich zu machen. Ebenso ist meines

Erachtens die sogenannte Anmerkung der geänderten Kündigungs- oder Zahlungsmodalitäten ein wahrer (endgiltiger oder provisorischer) Eintrag, der die Nativität der Hypothekarklage tangirt.

Diese und ähnliche sachliche Bedenken können indess die Verdienstlichkeit des literarischen Unternehmens nicht beeinträchtigen, und wir wünschen daher demselben einen raschen und gedeihlichen Fortschritt.

Prag. **Randa.**

Dr. **Josef Rosenblatt**, Privatdocent an der Jagellonischen Universität in Krakau, **Die Strafen-Concurrenz**, ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten Verbrechens-Concurrenz. Teschen 1879. 107 S.

Im ersten Theile seiner Arbeit (S. 1—78) theilt Verfasser die verschiedenen Ansichten mit, welche über Begriff und rechtliche Behandlung der sogenannten Verbrechens-Concurrenz seit Feuerbach in der deutschen Strafrechtswissenschaft aufgestellt worden sind. Er selbst erklärt sich für einen Anhänger derjenigen Auffassung, wonach eine besondere strafrechtliche Behandlung concurrirender Verbrechen nur dann, aber dann auch immer gerechtfertigt ist, wenn mehrere Strafen gleichzeitig oder unmittelbar nach einander von einer Person zu verbüssen sind, und wonach der Grund hierfür in der wachsenden Intensität gehäufter Strafen zu suchen ist; wesshalb denn die hier erforderliche, besondere Behandlung in einer äusseren Reduction der gemeinsam zu vollstreckenden Strafen zu bestehen habe. Demgemäss spricht Verfasser nicht von „Verbrechensconcurrenz“ (auf deren Requisite und Arten er daher

auch gar nicht näher eingeht), sondern von „Strafenconcurrenz"; und er macht keinen Unterschied, je nachdem es sich um sogenannte ideelle oder reale Concurrenz, um gleichzeitige oder mehrmalige Aburtheilung handelt, oder je nachdem im letzteren Fall das später abgeurtheilte Delikt vor oder nach der früheren Aburtheilung begangen war. — Eine selbstständige Begründung dieser, nichts Neues enthaltenden Auffassung hat Verfasser nicht unternommen, und er scheint eine solche auch nicht weiter für nöthig zu halten. Der Satz, dass gehäufte Strafen an intensiver Schwere zunehmen, steht ihm ebenso fest, wie der andere, dass die Verübung mehrerer Delikte durch eine Person vor stattgehabter Bestrafung wegen eines derselben nichts Besonderes biete. Es sind das Sätze, die „auf der Hand liegen", „die einzig richtige Ansicht"; alle abweichenden Ansichten müssen daher natürlich von Haus aus irrig sein. (Uebrigens ist diejenige Berner's, Lehrb. 9. Aufl. S. 292 und Grundsätze des preussischen Strafrechts S. 125 vom Verfasser überhaupt nicht erwähnt worden). — Hierbei bleibt nur der Umstand unerklärlich, dass trotzdem die behandelte Frage fortwährend Gegenstand grösster Meinungsverschiedenheit unter den Gelehrten ist. Und so scheint es uns denn sehr zweifelhaft, ob die Ausführungen des Verfassers an dieser Sachlage eine Aenderung bewirken werden.

Der zweite Theil (S. 79—107) enthält eine Wiedergabe der, in den wichtigsten heutigen Strafgesetzgebungen enthaltenen Bestimmungen über die Verbrechens- oder Strafenconcurrenz: „um nachzuweisen, wie fast jede Theorie, jede Ansicht über unsern Gegenstand und dessen Behandlung in einem oder in mehreren Gesetzbüchern angenommen und angewendet wird."

Die Darstellung ist meist leicht und fliessend.

Heidelberg.

Richard Löning.

Eingegangene Schriften.

Brocher de la Fléchère. Les révolutions du droit, études historiques destinées à faciliter l'intelligence des institutions sociales. Tome I introduction philosophique. Paris.

Volz, Dr. Friedrich, Bankdirektor. Die Pfandbrieffrage de lege ferenda, Beitrag zu einer brennenden Tagesfrage. München 1878.

Manns, Ferdinand. Von der Conventionalstrafe. I Th.

Marsson, Richard. Die Natur der Vertragsofferte, Inauguraldissertation. Greifswald 1879.

Flach, Jacques, avocat à la cour de Paris, Professeur à l'École des Sciences politiques. La table de bronze d'Aljustrel, étude sur l'administration des mines au premier siècle de notre ère. Paris 1878.

Gide, Paul, Professeur à la Faculté de droit de Paris. De la délégation en droit Romain. Paris 1879.

Schiffner, Ludwig, a. o. Professor der Rechte a. d. Univ. in Czernowitz. Systematisches Lehrbuch des österr. allgemeinen Civilrechts. Wien 1877—1879.

Rosenblatt, Dr. Joseph, Privatdozent a. d. Univ. in Krakau. Die Strafenkonkurrenz, ein Beitrag zur Lehre von der sog. Verbrechenskonkurrenz. Teschen 1879.

Kayser, Dr. Paul, Stadtrichter. Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des deutschen Reichs. Für das Studium und die Praxis systematisch dargestellt. Paderborn 1879.

Kayser, Dr. Paul, Stadtrichter. Der Zeugnisszwang im Strafverfahren in geschichtlicher Entwicklung. Berlin 1879. (Deutsche Zeit- und Streitfragen Heft 117.)

Binding, Karl, Prof. Dr., Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht I. Einl. u. allg. Theil. 2. Aufl. Leipzig 1879.

von Sarwey, Dr., Staatsrath. Die Konkurs-Ordnung für das deutsche Reich v. 10. Febr. 1877. Bogen 1—35. Berlin 1879.

Randa, Dr. Anton, Prof. Der Besitz mit Einschluss der Besitzklagen nach österr. Rechte mit Berücksichtigung des gem. R., des preuss., franz. u. ital., des sächs- u. zürcherischen Gesetzbuchs. 3., durchgesehene u. vermehrte Aufl. Leipzig 1879.

Weizsäcker, Dr. Carl, Justizassessor. Das Römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis. Tübingen 1879.

Renault, Louis, professeur. Introduction à l'étude du droit international. Paris 1879.

Lyon-Caen, Chr. et **Renault,** L. Précis de droit commercial comprenant le commentaire du Code de commerce et des lois qui s'y rattachent suivi d'une table des textes expliqués et d'une table analytique développée. 1er fascicule. Paris 1879.

Felix Dahn, Prof. Dr. Die Vernunft im Recht. Grundlage der Rechtsphilosophie. Berlin 1879.

VIII.

Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht.

Von

Herrn Geheimrath Prof. Dr. **Bluntschli** in Heidelberg.

Der Gesetzesentwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts ist nun vom eidgenössischen Justizdepartement (Justizministerium) den Bundesbehörden übergeben und gleichzeitig veröffentlicht worden.

Bis zu der Revision der Bundesverfassung von 1874 gehörte wie von Alters her die ganze Gesetzgebung über Privatrecht, Strafrecht, Civil- und Strafprocess, überhaupt die ganze Justizgesetzgebung ausschliesslich in die Competenz der Cantone. Erst die schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 hat, dem Vorbilde der deutschen Reichsverfassung von ferne und nur in beschränktem Sinne nachfolgend, die Competenz der Bundesgesetzgebung in Art. 64 dahin erweitert, dass „dem Bunde die Gesetzgebung zustehe — über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts)“. Alles übrige Privatrecht, insbesondere das Personenrecht (mit Ausnahme der Handlungsfähigkeit und des Urheberrechts), das Sachenrecht an Liegenschaften, das Familien- und Erbrecht, und ebenso das ganze Strafrecht und das Processrecht, sind heute noch, anders als im Deutschen Reich, der ausschliess-

lichen Gesetzgebung der Cantone anheim gegeben, welche zum Theil eifersüchtig jede Einmischung des Bundes in ihre zwar geschmälerte, aber noch bedeutsame Souveränität abzuwehren suchen.

Man mag zweifeln, ob diese Spaltung der Gesetzgebung auf die Dauer haltbar sei und nicht vielmehr die innere Verflechtung der Rechtsinstitutionen und Rechtsregeln wie das wachsende Bewusstsein der Lebensgemeinschaft in dem gemeinsamen Vaterlande zu einer weiteren Ausdehnung der Bundescompetenz führen werden. Aber gegenwärtig waren und sind alle die, welche an diesem Bundesgesetze mitzuarbeiten hatten und haben, genöthigt, die verfassungsmässigen Schranken der Bundesgewalt zu beobachten. Im Einzelnen freilich konnte man über die Grenzlinie streiten; im Grossen und Ganzen waren die beiden Gebiete wohl aus einander zu halten.

Auch in Deutschland wie in der Schweiz hatte die Bundesverfassung von 1815 noch die ganze Justizgesetzgebung den einzelnen Länderstaten vorbehalten und dem Bunde keinerlei Gesetzesgewalt eingeräumt. Auch in Deutschland hatten zuerst die gemeinsamen Handels- und Verkehrsinteressen die engen Schranken der Landesgesetzgebung erweitert und zu allgemeinen deutschen Gesetzeswerken über Wechselrecht und Handelsrecht geführt, welche anfangs noch in der Form vereinbarter Landesgesetze zu Stande kamen, später zu deutschen Bundes- und Reichsgesetzen erhoben wurden. Die norddeutsche Bundesverfassung vom 17. April 1867 und anfangs auch die deutsche Reichsverfassung vom 16. April 1871 hatten ebenso noch nicht das ganze Privatrecht, wohl aber das Obligationen-, Handels- und Wechselrecht durch Art. 4. 13) der Bundesgesetzgebung zugewiesen. Noch bevor die schweizerische Verfassungsrevision zu Stande kam, wurde die Competenz der deutschen Reichsgesetzgebung auf „das gesammte bürgerliche Recht“ erweitert (20. December 1873). Das Strafrecht und der Process waren vorher schon derselben zugewiesen worden.

Wenn so das deutsche Reich viel entschiedener und weit umfassender die Rechtseinheit der Nation theils eingeleitet, theils bereits vollzogen hat, als die schweizerische Eidgenossenschaft, so erklärt sich dieser Unterschied hauptsächlich aus drei Momenten.

1) Die deutschen Juristen waren von ihren Universitätsstudien her daran gewöhnt, das aus römischem, kanonischem, deutschem und allgemein modernem Rechte gemischte, sogenannte gemeine Recht als ein einheitliches, für ganz Deutschland wenigstens subsidiär geltendes Recht zu betrachten und sahen daher in einer ebenso allgemeinen deutschen Reichsgesetzgebung nur eine Erneuerung, Fortbildung und eine energischere Durchführung dieses gemeinen Rechtes im Gegensatze zu der Verwirrung und Enge der particularistischen Landesgesetzgebung. In der Schweiz dagegen gab es ein solches gemeines schweizerisches Recht nicht, indem die Schweiz gerade in der Zeit, als in dem alten deutschen Reiche das römische Recht in den Unterricht und in die Gerichtshöfe eindrang, d. h. in der zweiten Hälfte des fünfzehnten und in der ersten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts sich von dem deutschen Reiche ablöste und ausserhalb desselben eine selbständige europäische Stellung einnahm. In der Schweiz blieb daher die Rechtsbildung ausschliesslich den Cantonen überlassen. Aus demselben Grunde blieb dieselbe in der Schweiz auch dem überlieferten wesentlich deutschen Herkommen treuer und mit den Volkssitten enger verbunden. Die gelehrte Theorie, welche sich vornehmlich auf die Autorität der Römer berief, fand in der Schweiz fast nirgends Eingang und Folge. Das Corpus Juris ist daselbst niemals eine subsidiäre Rechtsquelle geworden, wenn gleich heute auch in der Schweiz das römische Recht und das gemeine Recht Deutschlands in neuerer Zeit vielfältig studirt und oft beachtet wird, nur nicht als formelle Autorität, sondern mit freier Würdigung ihres sachlichen Werthes.

2) Das deutsche Reich ist in höherem Sinne ein natio-

naler Stat. Die fremdnationalen Bestandtheile, Polen, Wenden, Dänen, Wälsche, sind im Verhältniss zu der deutschen Nationalität nur ganz geringfügig. Um so natürlicher war das Streben, für die Eine Nation auch Eine gemeinsame Rechtsordnung zu schaffen. Die schweizerische Eidgenossenschaft dagegen ist, wenn auf Abstammung, Sprache und Cultur gesehen wird, eher ein internationales als ein nationales Gemeinwesen: denn dem Uebergewicht der deutschen Bevölkerung in der nördlichen, östlichen und mittleren Schweiz hält die wälsche Bevölkerung in der westlichen und südlichen Schweiz, voraus die französische, die in fünf Cantonen (Freyburg, Waadt, Genf, Neuchâtel und Wallis) überwiegt, theilweise auch die italienische, die in dem Einen Canton Tessin dominirt, doch ein beachtenswerthes Gegengewicht. Die Besorgniss der Wälschen, dass sie von den Deutschen überstimmt und nach und nach germanisirt werden könnten, bestimmt dieselben, ihre Cantonalsouveränität eifriger zu wahren und ihre Cantonalgesetzgebung möglichst ungeschmälert zu erhalten. Um dess willen kann in der Schweiz die Bundesgesetzgebung nur mühsam ein Feld freier Wirksamkeit erobern.

3) Auch der Gegensatz der monarchischen Verfassung in Deutschland und der republikanischen in der Schweiz hat einen Antheil an dem Unterschiede. Die deutschen Landesherren sind zwar auch stolz auf ihre in den letzten Jahrhunderten allmählich erworbene, schliesslich durch die Napoleonische Revolution von 1806 bestätigte Souveränität und darauf bedacht, wenigstens den Schein ihrer Fortdauer zu retten, indem sie die Regierung des deutschen Reiches so gut es eben gehen will, als eine Collectivregierung aller deutschen Fürsten, mit dem mächtigsten unter ihnen, dem Könige von Preussen, als deutschem Kaiser an der Spitze darstellen. Aber da die Rechtspflege doch schon seit ein paar Menschenaltern von ihnen unabhängig geworden ist, so schien ihre Souveränität gerade bei den Justizgesetzen, welche wesentlich von den

Juristen und den Privaten bestimmt werden, am wenigsten betheiligt und sie erhoben keine Bedenken gegen eine Reichsgesetzgebung, die ja ohne ihre Mitwirkung im Bundesrathe nicht zu Stande kommen konnte.

Anders in der Schweiz. Wenn der Grundcharakter der Monarchie centralistisch ist, indem die gesammte Statseinheit in dem Monarchen gleichsam individualisirt wird, so ist der Grundzug der Republik peripherisch, indem die Gesammtbürgerschaft in ihrer ganzen Breite die höchste Gewalt für sich in Anspruch nimmt. So ganz sicher aber fühlt sich das Volk seiner Macht nur in der Nähe, in seiner Heimat, seiner Gemeinde, seinem Bezirke, seinem Canton. Die Bundesversammlung in Bern ist ihm schon etwas abgelegen. In dem Grossen Rathe des Cantons wirken Hunderte von Cantonsbürgern persönlich, in der Bundesversammlung nur je zwei Mitglieder eines Cantons im Ständerathe und nur ganz wenige Deputirte der Cantone im Nationalrathe bei der Gesetzgebung mit. Desshalb ist das republikanische Volk weniger bereit, die Justizgesetzgebung den Cantonen zu entziehen und dem Bunde zu übergeben.

Unter allen Rechtsinstituten hat (neben Telegraphen- und Eisenbahnenrecht) das Wechselrecht am entschiedensten einen internationalen Charakter, denn der Wechsel vermittelt den Geldverkehr ganz wesentlich von Ort zu Ort, in alle Ferne und Weite und überschreitet leicht jede Landesgrenze. Daher wurde in Deutschland die Wechselordnung sogar noch vor der Revolution von 1848, im Jahr 1847, durch eine Conferenz von Delegirten der vielen deutschen Länderstaten gemeinsam entworfen. Ebenso kam in der Schweiz bereits im Jahre 1856 ein von Dr. Burckhard-Fürstenberger verfasster Konkordatsentwurf einer allgemeinen schweizerischen Wechselordnung zu Stande, welcher der deutschen Wechselordnung nachgebildet ist. Der Versuch einer allgemeinen Weltwechselordnung, der wiederholt in neuerer Zeit angeregt worden, ist das Endziel auf dem kosmopoliti-

schen Wege, welches in einer nicht allzu fernen Zukunft wohl erreicht werden wird.

Zunächst dem Wechselrechte hat auch das Handelsrecht einen intercantonalen und einen internationalen, durchaus nicht einen localen, noch einen nationalen Charakter. Wie man daher in Deutschland schon 1849 bald nach Annahme der Wechselordnung und wieder schon zur Zeit des restaurirten deutschen Bundes ein „allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch“ in Arbeit nahm und im Jahre 1863 vereinbarte, welches später als Reichsgesetz anerkannt und revidirt ward, so wurde in der Schweiz schon im Jahre 1862 der Professor Munzinger von Bern beauftragt, ein Gesetzbuch über schweizerisches Handelsrecht zu entwerfen. Der Entwurf wurde im Jahre 1863 von einer Commission unter dem Vorsitze des Bundesrathes Dr. Dubs durchberathen und 1864 veröffentlicht. Derselbe bildet eine Hauptgrundlage des gegenwärtigen Gesetzesentwurfes. Damals schon arbeiteten Professor H. Fick in Zürich, der nach dem Tode Munzinger's Hauptredactor wurde, und für den französischen Text Advocat Friederich in Genf an der Redaction mit.

Der Umfang dieses Gesetzbuches wurde später durch die Aufnahme des Obligationenrechtes überhaupt und des Verkehres mit Mobilien erweitert, im Gegensatze sowohl zu dem französischen Rechte, welches den Code civil von dem Code de commerce getrennt hat, und ebenso zu der deutschen Gesetzgebung, welche zuerst das Handelsgesetzbuch ausgeschieden und erst jetzt das Privatrecht in Angriff genommen hat.

Das privatrechtliche Gesetzbuch des Cantons Zürich, dessen Redaction mir anvertraut war, hatte zuvor schon das Handelsrecht mit dem Privatrecht verbunden und diesem eingefügt und diese Verbindung hatte sich auch in der Praxis, ungeachtet später besondere Handelsgerichte eingeführt wurden, wohl bewährt. Unzweifelhaft ist die Natur des Handelsrechtes nicht öffentlich-rechtlich, sondern privatrechtlich. Der Kauf — Verkauf, welchen Handelsleute mit einander abschliessen, ist

in allen wesentlichen Merkmalen ganz derselbe Vertrag, wie der Kauf — Verkauf über bewegliche Sachen, den zwei Nichtkaufleute mit einander eingehen. Nicht alle Actiengesellschaften haben Bezug auf den Handel; und dennoch bedürfen alle derselben Rechtsnormen. Die zahlreichen Uebergänge der gewöhnlichen Gesellschaft des Privatrechtes zu einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften sind schwer zu unterscheiden. Die stille Gesellschaft und die Commanditgesellschaft sind, trotz der Trennung im System, im Leben nahe verwandt. In manchen Beziehungen ist die moderne Rechtsbildung etwas früher von den Handelsleuten vollzogen worden, langsamer ist das Obligationenrecht unter den Nichtkaufleuten nachgefolgt, aber es ist nachgefolgt und überall sind Handelsrecht und Obligationenrecht innerlich verbunden und mit einander verflochten. Immer entwickeln sie sich in derselben Richtung.

In der Schweiz ist überdem der Unterschied von Kaufleuten und Nichtkaufleuten unmöglich abzugrenzen. Die ständischen Gegensätze sind auch in dieser Hinsicht seit langem verwischt und grössten Theils verschwunden. Auch der Capitalist speculirt, auch der kleine Handwerker treibt Handel, auch der Bauer betheiligt sich bei Handelsgeschäften; heute so, morgen anders. Die Bildungsstufe ist im Wesentlichen dieselbe in allen grossen Volksclassen; das Recht findet daher keine Grundlage für jene feineren Unterschiede und keine Veranlassung dazu. Die Verbesserung des Obligationenrechtes wird beschleunigt und gekräftigt, wenn das Gesetz dasselbe zugleich mit dem vorgeschrittenen Handelsrechte beachtet. Wo der Handelsverkehr ganz ausnahmsweise noch eine besondere Rücksicht fordert und verdient, da lassen sich die Ausnahmen leicht einfügen, ohne die Regel zu ändern oder zu schwächen.

Die Freunde einer gemeinsamen schweizerischen Gesetzgebung mussten überdem die Verbindung um so lebhafter unterstützen, je unerlässlicher dieselbe war, wenn auch für

das Obligationenrecht und den Mobilienverkehr ein allgemeines Gesetzbuch zu Stande kommen sollte.

So entschied man sich in der Schweiz für die Verbindung von Obligationen- und Handelsrecht, wie sie auch durch die Verfassung von 1874 verlangt wurde.

Die meisten schweizerischen Cantone hatten ihre alten Stadt- und Landrechte, und ihre überlieferten Herrschafts- und Gerichtsordnungen in unserem Jahrhunderte durch neuere allgemeine Civilgesetzbücher ersetzt. Dieselben lassen sich in drei Gruppen theilen.

Die erste Gruppe bilden die Gesetzbücher in den deutschen Cantonen, welche sich an das bürgerliche Gesetzbuch von Oesterreich angeschlossen, freilich auch manche Modification mit Rücksicht auf ältere Cantonalgesetze oder Rechtsgewohnheiten aufgenommen haben. An ihrer Spitze steht das Gesetzbuch von Bern.

Die zweite Gruppe, die Gesetzbücher der wälschen Cantone, ruhen auf der Grundlage des Code français (Code Napoléon); indessen auch sie haben oft eigenthümliche Aenderungen vorgenommen.

Für die dritte Gruppe bildet das Züricherische Gesetzbuch die Grundlage, welches zwar auch die neueren fremden Gesetzbücher beachtet, aber vornehmlich aus dem einheimischen Rechtsleben seine Rechtssätze geschöpft und dem heutigen Rechtsbewusstsein im Geiste der neueren Wissenschaft einen Ausdruck gegeben hat. Um dieses erkennbaren Zusammenhanges willen mit der Rechtsbildung im Volke, hat das Gesetzbuch auch in manchen anderen Cantonen ausser Zürich, theils Aufnahme, theils Nachbildung erfahren und wird sogar in der wälschen Schweiz gelegentlich als Autorität angerufen.

Alle diese Gesetzgebungen mussten auch bei dem neuen allgemeinen schweizerischen Gesetzeswerke beachtet werden; und es kam überdem die Rücksicht hinzu auf die neuere deutsche Gesetzgebung über Wechsel- und Handelsrecht, zu-

weilen auch, obwohl in geringerem Masse, auf einige neuere französische Gesetze. Endlich waren die Fortschritte der Rechtswissenschaft und Praxis fortwährend vor Augen zu behalten.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit entstand für die Redaction daraus, dass des Gesetzbuch gleichzeitig in zwei Sprachen, der deutschen und der französischen, verfasst werden musste. Nicht etwa sollte der eine (deutsche) Text als Original, der andere (französische) als Uebersetzung gelten, wenn gleich der erste Entwurf in deutscher Sprache bearbeitet war, und der deutsche Text immer zuerst festgestellt wurde. Es sollten beide Texte als Originaltexte gelten und sich wechselseitig bestimmen, erklären und bestätigen.

Die Doppelsprache, die anfangs als ein schweres Hinderniss empfunden wurde, erwies sich bald als eine überaus wichtige Förderung des Werkes. Die französische Sprache verlangt mit unabweisbarer Energie Klarheit, Schärfe, Kürze, Genauigkeit des Ausdrucks. Sie duldet keine nebelhaften, verschwommenen, breiten, lässigen Sätze und Wörter. Sehr oft musste daher der Text, der früher unter den Deutschen nicht beanstandet war, umgearbeitet und verbessert werden, damit er dem französischen Texte entsprach.

War so die Ueberlegenheit der französischen Redaction nicht zu bestreiten, so erkannten umgekehrt die französischen Schweizer willig an, dass der Inhalt der Rechtssätze und dass die Begründung derselben vorzugsweise von dem tiefer gehenden deutschen Rechtsbewusstsein bestimmt werden. Waren die Wälschen in der Form überlegen, so waren die Deutschen im Gedanken bedeutender.

Zuweilen kämpfte man auch, ob in einzelnen Institutionen etwa deutsches oder ob französisches Recht den Vorzug verdiene, und nicht immer siegte das erstere. Zuweilen verständigte man sich auch über eine Mischung der beiden Systeme, die doch nur selten sich ernstlich bestreiten, zu grossem Theile nur verschiedene Entwickelungsstufen derselben Rechtsordnung bedeuten.

Aehnliche Erörterungen wird auch die deutsche Gesetzes-Commission vorzunehmen haben, denn auch in Deutschland bestehen neben dem gemeinen römischen Rechte, die modernen Hauptgesetzgebungen, preussisches Landrecht und Code Napoléon, und eine stattliche Anzahl anderer, theils älterer particulärer Landrechte, theils neuerer Civilgesetzgebungen, die sämmtlich ersetzt und verdrängt werden sollen durch ein allgemeines deutsches Gesetzbuch über das Privatrecht.

Das schweizerische Gesetzbuch hat zwei Haupttheile, den allgemeinen und den besonderen Theil.

Der allgemeine Theil hat sechs Titel, die wieder in Kapitel, und innerhalb dieser in Abschnitte getheilt und in einzelne Artikel mit fortlaufenden Zahlen zerlegt sind.

Der erste Titel: Entstehung der Obligationen, zerfällt in vier Kapitel: I. durch Vertrag, II. durch unerlaubte Handlung; III. aus ungerechtfertigter Bereicherung, IV. aus anderen Gründen.

Als Einzelbeleg für die obige allgemeine Bemerkung mögen der Art. 9 u. ff. über die Form der Verträge dienen. Der Entwurf entscheidet sich für die deutschrechtliche Regel, dass die Verträge in der Regel einer bestimmten Form, sei es zu ihrer Gültigkeit, sei es zu ihrem Beweise nur dann bedürfen, wenn das Gesetz solches vorschreibt. Im Gegensatze zu dem französischen Rechte, welches die Schriftform in der Regel um des Beweises willen fordert, wird dieselbe, wenn sie durch das Gesetz vorgeschrieben ist, in Zweifel als wesentliche Bedingung der Gültigkeit des Vertrages aufgefasst. Ist nur eine einfach schriftliche Form vorgeschrieben, nicht wie z. B. für den Wechsel eine näher bestimmte Schriftform, so genügt auch der Briefwechsel nach Art. 12 und der Wechsel von Telegrammen, wenn die Originaldepeschen die Unterschrift dessen tragen, der sich verpflichtet. Insofern aber nähert sich der Entwurf dem französischen Rechte wieder, als er in Art. 14 die Vermuthung aufstellt, wenn die Contrahenten die schriftliche Abfassung des Vertrages verabredet haben, so werden

sie erst durch die schriftliche Unterzeichnung gebunden, überdem die blos mündlichen Aenderungen eines schriftlichen Vertrages, wenn die Schrift im Gesetz vorgeschrieben ist, nicht zulässt (Art. 11), wenn der Vertrag freiwillig in Schrift verfasst wurde, erheblich erschwert (Art. 11). Auch das sogenannte „sichere Datum“ der Privaturkunde wurde in Art. 16 berücksichtigt. Dem Schuldbekenntniss wird nach Art. 17 auch ohne Erwähnung eines besonderen Verpflichtungsgrundes Gültigkeit zugeschrieben und diese zu Gunsten gutgläubiger Dritter, welche ein schriftliches Schuldbekenntniss erworben haben, sogar in dem Falle einer Simulation des Schuldbekenners aufrecht erhalten.

Eine Schwierigkeit, welche der Entwurf einem besonderen Gesetze zu lösen vorbehält, liegt für die Schweiz in den verschiedenen Ansichten über das Alter der Volljährigkeit und desshalb der Handlungsfähigkeit. Bei den beiden grossen Nationen, der deutschen und der französischen, welche den Schweizern benachbart und stammverwandt sind, ist das Alter von erfüllten ein und zwanzig Jahren nun als Alter der Volljährigkeit anerkannt worden. In den älteren Cantonalgesetzen der Schweiz gab es verschiedene, bald höhere, bald tiefere Altersstufen, welche die Grenze zwischen Minderjährigen und Volljährigen bildeten. In neuerer Zeit aber haben Bundesgesetze aus politischen Motiven eine Volljährigkeit schon mit zwanzig Jahren eingeführt. Desshalb wagte man nicht, die privatrechtliche Volljährigkeit auf ein und zwanzig Jahre zu bestimmen, und zog vor, das den politischen Behörden anheim zu geben. Es ist aber sicher, dass in der Praxis eine Volljährigkeit der Schweizer mit 20 Jahren durchweg zum Nachtheile dieser ausgebeutet werden wird, wenn dieselben im Auslande reisen und es internationalen Anstoss erregen wird, wenn Fremde unter ein und zwanzig Jahren, welche in der Schweiz reisen, daselbst als Volljährige behandelt würden.

Der zweite Titel handelt von der W i r k u n g d e r O b l i g a t i o n e n. Derselbe zerfällt in drei Kapitel: I. Er-

füllung der Obligationen, II. Folgen der Nichterfüllung, III. Beziehungen zu dritten Personen. Strenge ist die Verantwortlichkeit des Schuldners wegen Schädigung des Gläubigers aus Fahrlässigkeit normirt in den Artikeln 121 und folg. Der Schuldner haftet nicht blos für die eigene Fahrlässigkeit, sondern ebenso „für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter“ (Art. 123). Verabredungen, durch welche die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll, sind nichtig (Art. 122). Sogar dann kann der Richter nach billigem Ermessen einen zum voraus erklärten Verzicht auf Haftung selbst wegen leichten Verschuldens als nichtig erklären, wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich concessionirten Gewerbes folgt (Art. 122).

Der dritte Titel: Erlöschen der Oblgationen, hat sieben Kapitel: I. Allgemeine Grundsätze, II. Compensation, III. Nachlassvertrag, IV. Novation, V. Confusion, VI. Unmöglichkeit der Erfüllung und VII. Verjährung. Die regelmässige Verjährung von Forderungen ist auf 10 Jahre bestimmt. Die Forderungen für gelieferte Lebensmittel des täglichen Bedarfes, Kostgeld, Wirtszechen, Handwerksarbeit, Kramhandel, der Aerzte, Apotheker, Anwälte, Rechtsagenten, Dienstboten, Fabrik- und Lohnarbeiter verjähren schon in zwei Jahren, wenn nicht eine schriftliche Anerkennung der Schuldsumme vorliegt. Aber der Gläubiger kann verlangen, dass der Schuldner persönlich erkläre, er habe von dem Fortbestand der Schuld keine bestimmte Kenntniss (Art. 154).

Titel IV behandelt: Besondere Verhältnisse bei Obligationen, insbesondere I. Solidarität, II. Bedingungen, III. Conventionalstrafen. Beachtenswerth ist die Bestimmung des Art. 200: „Die Conventionalstrafe kann von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden. Dadurch ist der Richter befugt, übermässige Strafen nach billigem Ermessen herab zu setzen.“ Das richterliche Ermessen wurde als ein nothwendiges Mittel anerkannt, um sowohl wucherlicher Ausbeutung

als einer anderen ganz unverhältnissmässigen Bedrohung des Schuldners Schranken zu setzen.

Der fünfte Titel handelt von der Abtretung der Forderungen. Entsprechend den Bedürfnissen des neueren Verkehrs wird die Uebertragung von Forderungen erleichtert und in ihren vollen Wirkungen geschützt. Dem Missbrauche, namentlich im Concurse des Abtretenden, sucht Art. 202 zu begegnen, indem derselbe „gegenüber dritten Personen“ (also auch den dritten Concurs-Gläubigern gegenüber) den Uebergang der Forderung nur insofern wirksam macht, als derselbe entweder schriftlich beurkundet oder durch Uebergabe einer Schuldurkunde vollzogen war. Dadurch wird die schriftliche Form der Abtretung (Cession) practisch begünstigt.

Der sechste und letzte Titel behandelt die sachenrechtlichen Verhältnisse des Mobiliarverkehres in zwei Kapiteln: I. Uebergang des Eigenthums an Mobilien, II. Faustpfandrecht und Retentionsrecht.

Der frühere Entwurf hatte den Eigenthumsübergang bei Mobilien lediglich von dem Vertrage abhängig gemacht, auch ohne Besitzübergabe und die entsprechende Regel des französischen Rechtes in noch laxerem Sinne verstanden, als der Code Napoléon. Nach wiederholter Prüfung entschied sich die Commission für die Grundansicht des römischen und des deutschen Rechtes, wonach der Eigenthumsübergang an die Besitzesübergabe gebunden ist. Eigenthum und Besitz sind offenbar in einem natürlichen Zusammenhange zu einander. Aus dem Besitz ist das Eigenthum ursprünglich erwachsen und durch den Besitz wird heute noch das Eigenthum ausgeübt. Es ist daher nicht gut, wenn dieser Zusammenhang zerrissen und das Verhältniss des Menschen zur Sache in ein Verhältniss des Menschen zum Menschen (Vertrag) umgewandelt wird. Dadurch aber suchte der Entwurf der französischen Jurisprudenz sich zu nähern, indem er die Besitzesübergabe schon dann als geschehen erklärt, wenn die Sache ausgeschieden und als Eigenthum des Erwerbers genügend bezeichnet worden

ist (Art. 218). Ebenso schützt er den redlichen Erwerb durch einen neuen Besitzer in dem Verkehr als Eigenthumserwerb auch dann, wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war (Art. 221). Es ist das die ältere deutsche rechtliche Ansicht, die auch in den französischen Code übergegangen ist, im Gegensatze zum römischen Recht, welches strenge die Fortdauer des Eigenthums wahrt. Der Satz rechtfertigt sich aber theils durch die Interessen des Handels und gutgläubigen Geschäftsverkehres, theils dadurch, dass der frühere Eigenthümer selber, indem er seine Sache einem Anderen anvertraut hatte, dieselbe der Gefahr des Verkehres und der Veräusserung Preis gab. Daher gilt die neue Regel auch nicht für verlorene oder gestohlene, überhaupt für solche Sachen, die gegen den Willen des Eigenthümers aus seinem thatsächlichen Besitze (der Gewere) gekommen sind. Art. 221, 223. Gegen den bösgläubigen Erwerber bleibt die Vindication immer gestattet. Die ganze Beschränkung der Eigenthumsklage und der Uebergang des Eigenthums auf den gutgläubigen Erwerber hat ihren Grund wieder in der entscheidenden Bedeutung des Sachenbesitzes für das Sacheneigenthum.

Der besondere Theil hat 26 Titel, deren Ueberschriften folgende sind: 1. Kauf und Tausch, 2. Miethe und Pacht, 3. Gebrauchsleihe, 4. Darlehen, 5. Dienstvertrag, 6. Werkvertrag, 7. Verlagsvertrag, 8. Auftrag, 9. Procuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsreisende, 10. Commission, 11. Frachtvertrag, 12. Geschäftsführung ohne Auftrag, 13. Hinterlegungsvertrag, 14. Bürgschaft, 15. Spiel und Wette, 16. Leibrentenvertrag, 17. Einfache Gesellschaft, 18. Collectivgesellschaft, 19. Commanditgesellschaft, 20. Actiengesellschaft (anonyme Gesellschaft), 21. Genossenschaften, 22. Wechsel- und Ordre-Papiere, 23. Inhaber-Papiere, 24. Handelsregister, Geschäftsfirmen, Geschäftsbücher.

Es mag für die Zwecke dieses Aufsatzes genügen, einige wenige interessante Einzelbestimmungen heraus zu greifen.

Eine eigenthümliche Vorschrift über Lösbarkeit eines Mieth-

verhältnisses, auch im Gegensatze zu der verabredeten Dauer desselben, enthält der Artikel 309. Darnach kann sowohl der Vermiether als der Miether einer Wohnung oder eines anderen unbeweglichen Raumes „aus wichtigen Gründen, welche ihm die Fortsetzung des Miethverhältnisses unerträglich machen“ — darüber entscheidet nöthigenfalls das richterliche Ermessen — auch innerhalb der längeren vertragsmässigen Miethsperiode auf einen nahen Termin (Ziel, Monatsende u. s. f., siehe Art. 307) kündigen. Er muss aber dem anderen Contrahenten vollen Ersatz gewähren, der je nach Umständen durch richterliches Ermessen bestimmt wird und in der Regel einem halben Jahreszinse gleich kommt. Es ist überhaupt zu bemerken, dass das schweizerische Gesetz die in Deutschland vielfältig vorhandene Scheu vor dem richterlichen Ermessen nicht kennt und sich lieber dem Rechtsgefühle verständiger unparteiischer Männer als einer blos formalen Gesetzesbestimmung vertraut, welche die unendlich verschiedenen Fälle nach einem äusserlichen Massstab eher zuschneidet als richtig beurtheilt.

In ähnlicher Weise gestattet der Entwurf die Lösbarkeit eines auf längere Zeit abgeschlossenen Dienstvertrages. Ist der Dienstvertrag auf Lebenszeit eines Contrahenten geschlossen, so kann der Dienstpflichtige denselben dennoch durch sechsmonatliche Kündigung beendigen (Art. 353). Artikel 354 bestimmt: „Aus wichtigen Gründen kann die Aufhebung des Dienstvertrages vor Ablauf des Dienstvertrages von beiden Theilen verlangt werden. Ueber das Vorhandensein solcher Gründe entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Liegen dieselben in vertragswidrigem Verhalten des einen Theiles, so hat dieser vollen Schadensersatz zu leisten. Im übrigen werden die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung vom Richter nach freiem Ermessen bestimmt, unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches.“

Den Titeln von den verschiedenen Gesellschaftsarten hat grossen Theils das deutsche Handelsgesetzbuch als Grundlage gedient. Manche Artikel sind wörtlich aus diesem in

den Entwurf übergegangen, andere schon mit Rücksicht auf die Uebersetzbarkeit ins Französische, in klarerer Fassung aufgenommen. Es kamen aber auch manche Abänderungen und Zusätze vor. An Einiges will ich erinnern.

Die „offene Handelsgesellschaft" des deutschen Gesetzbuches wird entsprechend dem Sprachgebrauch des französischen Code Collectivgesellschaft genannt, und nicht ausschliesslich, wie nach dem deutschen Gesetze auf „Handelsgewerbe" bezogen. Personen, welche unter einer gemeinsamen Firma „ein Handels-, ein Fabrications- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe" ohne Beschränkung ihrer Haftbarkeit betreiben, sind zwar verpflichtet, sich als Collectivgesellschaft in die Handelsregister eintragen zu lassen. Zwei oder mehrere Personen dagegen, welche ebenso ein anderes Gewerbe betreiben, z. B. Bauunternehmer, Architekten, Maler, Schriftsteller, Anwälte u. s. f. können Collectivgesellschafter werden, wenn sie sich als solche in das Handelsregister eintragen lassen. Diese Gesellschaftsform ist daher in der Schweiz elastischer als in Deutschland, indem sie auch auf Nicht-Handelsleute anwendbar ist. Wenn z. B. zwei Bauunternehmer sich nicht als Collectivgesellschafter eintragen lassen, obwohl sie unter gemeinsamer Firma zeichnen, so haften sie freilich auch solidarisch für die Geschäftsschulden, aber dann risquirt jeder Einzelne, dass er sofort unmittelbar von den Gläubigern belangt werde und die Geschäftsgläubiger haben keinen Vorzug auf das Gesellschaftsvermögen im Concurse. Eine solche Firma kann auch weder Eigenthum erwerben, noch vor Gericht klagen oder verklagt werden. Vergl. Art. 562, 569, 576. Wenn sie aber sich eintragen lässt, dann hat sie alle Rechte der Collectivgesellschaft.

In ähnlicher Weise wird auch die Commanditgesellschaft für Handels-, Fabrications- und andere kaufmännische Gewerbe behandelt. Solche Personen sind verpflichtet, ihre Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Auch diese Form kann aber auf andere Gewerbe angewendet werden. Art. 600.

Die Klarheit der Darstellung und die Brauchbarkeit des Gesetzbuches für die Kaufleute haben gegenüber dem deutschen Handelsgesetzbuche eher dadurch gewonnen als eine Einbusse erlitten, dass der schweizerische Entwurf die sogenannte Commanditactiengesellschaft nicht unter die Commanditgesellschaft unterbrachte und vor der viel wichtigeren Actiengesellschaft behandelte, sondern umgekehrt die beiden Hauptformen jede selbständig voraus bestimmte und erst am Schlusse auf die combinirten Formen Rücksicht nahm, dann aber auch verschiedene Combinationen neben einander erwähnte. (Art. 689 ff.)

Das deutsche Handelsgesetzbuch beachtet als Organe der Actiengesellschaft nur den Vorstand (die Direction), den Aufsichtsrath und die Versammlung der Actionäre.

Die Generalversammlung ist zwar mit den höchsten Rechten der Beschlussfassung über die Statuten, der Wahl des Aufsichtsrathes, zuweilen auch der Directoren, der Entlastung, der Entscheidung in den Existenzfragen ausgestattet. Aber wenn man die Erfahrung des Lebens zu Rathe zieht, so weiss man, dass ihre gesellschaftliche Souveränität eitel Schein und Form ist. Die Hunderte und Tausende von Actionären, die höchstens einen Tag im Jahr regelmässig zusammen kommen, sind ganz ausser Stande, die Verhältnisse, welche entscheiden, richtig zu erkennen und haben weder die Fähigkeit noch die Musse, um die Zustände und Bedürfnisse richtig zu beurtheilen. In den meisten Fällen nimmt die Mehrzahl der Actionäre keinen Theil an den Versammlungen und erwartet ihr Schicksal von der Abstimmung der wenigen Notabeln und Koryphäen, welche sich um diese Geschäfte kümmern. Es ist immer ein bedenkliches Zeichen für die Existenz oder die Wohlfahrt einer Actiengesellschaft, wenn die Generalversammlung der Actionäre sehr stark besucht wird. Das lässt sich durch die Gesetzgebung nicht ändern.

Das deutsche Gesetz legt den Hauptnachdruck auf die Controle des Aufsichtsrathes und erwähnt nur einmal beiläufig des Verwaltungsrathes. Der Schweizer Entwurf

schliesst sich in dieser Hinsicht näher an das Leben an, indem er entschiedener die Institution des Verwaltungsrathes oder einer geschäftsleitenden Commission Art. 626. 7) hervorhebt und dieselbe von dem Aufsichtsrathe oder einer Prüfungscommission von Sachverständigen Art. 626. 8) unterscheidet. Auch der gewöhnlich aus einer ansehnlichen Anzahl Actionären zusammen gesetzte Aufsichtsrath, wie das deutsche Gesetz ihn fordert, ist meist ausser Stande, die Direction ernstlich zu controliren. Auch dieser Aufsichtsrath wird gewöhnlich nur einige Male im Jahre berufen. Wie soll er dann die erforderliche Geschäftskenntniss haben und wie im Einzelnen controliren, ohne Kenntniss der Geschäfte? Er kann wohl die Fragen, die ihm von der Direction gestellt werden, beantworten, auch die Richtung der Handlungsweise im Allgemeinen gut heissen oder missbilligen, einzelne Untersuchungen anordnen u. s. f. Er ist immerhin fähiger als die Generalversammlung, die Controle zu üben. Aber seine Macht und sein Einfluss sind doch sehr enge begrenzt.

Ganz anders steht der Verwaltungsrath oder die geschäftsleitende Commission des Aufsichtsrathes der Direction gegenüber. Denn dieses Organ besteht durchweg aus wenigen Geschäftsmännern, welche am Sitze der Gesellschaft wohnen, und daher fortgesetzt, mindestens wöchentlich, nach Umständen täglich von dem Geschäftsgange unterrichtet und in allen irgend wichtigen Fällen nicht blos die Thätigkeit der Directoren controliren, sondern bei denselben durch ihren Rath mitwirken können. Offenbar ist dieses Institut, das je nach Umständen von dem Aufsichtsrathe aus dessen Mitte besetzt, oder auch neben dem Aufsichtsrathe, oder anstatt desselben handeln kann, in der Praxis wichtiger als der gewöhnliche Aufsichtsrath. Das Schweizergesetz hat daher mit Recht in dem neuesten Entwurf auf den früher fast vergessenen Verwaltungsrath den Nachdruck gelegt, freilich ohne die Verhältnisse desselben genauer zu normiren. Es ist dadurch, da auch in Deutschland wie in der Schweiz thatsächlich viele Verwaltungs-

räthe bestehen, ein Fortschritt des Gesetzes eingeleitet, aber noch nicht vollständig durchgeführt worden.

Der erste Entwurf des schweizerischen Gesetzbuches hatte noch das ältere deutsche Handelsgesetzbuch von 1862 zu Grunde gelegt, später wurde auch auf die deutsche Novelle von 1870 Rücksicht genommen und wurden daraus strengere Vorschriften entlehnt. Die bösen Erfahrungen der sogenannten Schwindel- und Gründerperiode nach 1871 bestimmten dann die eidgenössische Gesetzgebungs-Commission dem Misstrauen gegen die Verwaltung der Actiengesellschaften und den Missbräuchen, welche in dem Actienwesen sich gezeigt hatten, mit noch schärferen Waffen entgegen zu treten. Der Entwurf von 1876 erhielt so mehrere gegen Gründer, Directoren und Aufsichtsräthe von Actiengesellschaften gerichtete Artikel, welche die Verantwortlichkeit derselben übermässig steigerten.

Inzwischen kühlte sich der erste heisse Eifer einiger Massen ab. Man besann sich wieder und überzeugte sich von neuem, dass die Actiengesellschaften gerade im Interesse der Menge kleiner Capitalisten nothwendig und nützlich seien für die heutige Nationalwirthschaft und dass man sich davor hüten müsse, durch heftige und übertriebene Androhungen solide Capitalisten, redliche Geschäftsmänner und gemeinnützige Bürger von der Betheiligung wie von der Leitung und Aufsicht von Actiengesellschaften abzuschrecken. Die Gefahren, welchen jeder Actionär sich freiwillig aussetzt, würden dadurch sehr vergrössert und sowohl Verwaltung als Aufsicht schlimmer und gefährlicher werden; denn Schwindler und Betrüger würden nicht abgehalten, sich der Actiengesellschaften zu bemächtigen, sondern wären dann fast allein noch als Monopolisten in der Lage, in diesem Bereiche zu wirken; und sie würden sich die Gefahren, denen das Gesetz sie überlieferte, durch erhöhte Prämien von den Actionären bezahlen lassen.

Daher hat die Commission im Verfolge wieder die über-

triebenen Androhungen von Strafen ausgemerzt, aber trotzdem sich bemüht, die Verantwortlichkeit der Gründer und Directoren, Verwaltungs- und Aufsichtsräthe sehr ernst zu nehmen und richtig zu normiren. Davon handelt das fünfte Kapitel des Titels XX in den Art. 682 u. folg. weit genauer, als das deutsche Handelsgesetzbuch.

Der Titel XXI von den Genossenschaften unterscheidet solche Personen-Verbände, welche ohne zu den Gesellschaften (Tit. XVIII und XX) zu gehören, „gemeinsame Zwecke des wirthschaftlichen Verkehrs verfolgen" als wirthschaftliche Genossenschaften von anderen Vereinen. Ausführlich behandelt das Gesetz nur jene wirthschaftlichen Genossenschaften, denen es ähnlich den Actiengesellschaften, wenn auch unter leichteren Bedingungen und immer nur, wenn sie in das Handelsregister eingetragen sind, „das Recht der Persönlichkeit" zugesteht. Im Zweifel ist der Eintritt frei, nothwendig bleibt der Austritt frei: Art. 696, 697. Auch die Ausschliessung einzelner Mitglieder steht dem Richter wegen wichtiger Ursachen allezeit frei. Art. 698. Wird die Genossenschaft aufgelöst, so wird das Vermögen, „sofern die Statuten oder besondere stiftungsmässige Anordnungen nicht etwas Anderes festsetzen, unter die zur Zeit der Auflösung vorhandenen, beziehungsweise die während des letzten Jahres ausgeschiedenen Genossenschaften nach Köpfen vertheilt." (Art. 726.)

Das Kapitel: Andere Vereine überweist zunächst die Körperschaften des öffentlichen Rechtes (Gemeinden, Bürgerschaften, Zünfte u. s. f.) und die Stiftungen als juristische Personen der Cantonalgesetzgebung, Art. 729, spricht dagegen die auch in der Schweiz noch neue, die freie Vereinsbildung sehr fördernde allgemeine Rechtsregel aus: „Vereine, welche wohlthätige, gesellige, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische oder andere ideale Zwecke verfolgen, können das Recht der Persönlichkeit, auch wenn sie bisher darauf nach cantonalem Rechte keinen Anspruch hatten, dadurch er-

werben, dass sie sich in das Handelsregister eintragen lassen." (Art. 730.)

Der Entwurf gestattet solchen Genossenschaften, wenn die Statuten oder besondere stiftungsmässige Anordnungen nichts Anderes bestimmt haben, durch Beschluss der Generalversammlung, ihr Vermögen, anstatt es unter die Mitglieder zu vertheilen, es anderen anerkannten öffentlichen Anstalten des Cantons oder des Bundes zuzuwenden. Wird eine solche Genossenschaft, die einen öffentlichen Zweck verfolgt, von Amts wegen durch das Gericht aufgelöst, so muss diese Zuwendung, in anderen Fällen gerichtlicher Auflösung kann sie durch das Gericht angeordnet werden. Art. 730. Besondere Vorschriften über Klöster und ähnliche Verbände werden der Cantonalgesetzgebung „aus Gründen des öffentlichen Rechtes" vorbehalten. (Art. 732.)

Der Titel XXII. Wechsel- und Ordre-Papiere entspricht durchweg der deutschen Wechselordnung. Es sind nur ganz wenige Abänderungen aufgenommen worden. Insbesondere ist die Protesterhebung „Mangels Zahlung" nicht schon an dem Verfalltage zulässig, wie nach deutschem Recht, sondern erst an einem der zwei nächsten Werktage darauf. (Art. 778.) Sodann wurde nach den Wünschen der Baseler Handelskammer die in der deutschen Wechselordnung anerkannte Pflicht zur Notification der Nichtzahlung an die Vormänner gestrichen. Ob diese Vereinfachung, die unter Umständen zur Härte wird für einen überraschten Vormann, eine Verbesserung sei, scheint mir noch zweifelhaft.

Das Kapitel III behandelt wechselähnliche Ordre-Papiere, insbesondere die kaufmännischen Anweisungen, und das Kapitel IV andere indossable Papiere (z. B. Lagerscheine, Waaren- und Ladescheine u. s. f.)

Im Titel XXIII. Inhaberpapiere wird auch das Amortisationsverfahren geregelt, aber eine Amortisation nur für solche Inhaberpapiere gestattet, welche mit Couponbogen versehen sind oder den Inhaber selbst zum Bezuge von wieder-

kehrenden Leistungen (Zinsen, Dividenden, Renten, Ratenzahlungen) berechtigen. Dagegen wird die Amortisation für untergegangene Banknoten und ähnliche in grösserer Anzahl emittirte auf Sicht zahlbare Inhaberpapiere mit bestimmter Summe (Kassascheine des Staates, der Gemeinde u. s. f.) nicht gestattet und findet auch kein Einlösungsverbot an den Schuldner Statt. (Art. 863, 867.)

IX.

Einige Bemerkungen über den Entwurf eines Englischen Strafgesetzbuchs von 1879.

Von

Freiherrn Dr. **O. Q. van Swinderen,** Gerichtsrath in Gröningen (Königreich der Niederlande).

In drei verschiedenen Zeitschriften [1]) habe ich in allgemeinen Zügen den von der 1870 ernannten Staatskommission verfassten und fünf Jahre später im Druck erschienenen Entwurf eines neuen Holländischen Strafgesetzbuchs behandelt. Der Holländische Regierungsentwurf von 1879 hat viele der von mir im Entwurfe der Staatskommission nachgewiesenen Fehler beseitigt. Obwohl ich es vorziehe, post hoc, nicht propter hoc zu sagen, so hat dieser Erfolg mich doch ermuntert, dem neuen Englischen Entwurfe eine kurze Besprechung zu widmen. Ich schicke die Bemerkung voraus, dass dieser Entwurf nicht nur das Strafrecht, sondern auch den Strafprocess umfasst, letzterer aber hier ausser Betracht bleiben soll. Nachdem man in England schon seit vielen Jahren an

---

[1]) Tydschrift voor her Nederlandsch Regt, 1876, T. 8, Nr. 4; Goltdammers Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht, fortgesetzt von E. Hahn, 1877, T. 25, p. 120 u. flg. und Revue de droit international et de législation comparée, 1877, T. 9, Nr. 2.

dem Zustandekommen eines neuen Strafgesetzbuchs verzweifelt hatte, hauptsächlich weil die Englische Strafgesetzgebung auf verschiedener Grundlage ruhet, namentlich auf dem Common-Law, dem Statute-Law und der Jurisprudenz in so weit diese als feststehend betrachtet werden kann, so wurde doch endlich mit der Arbeit angefangen. Das Beispiel verschiedener Staaten des europäischen Kontinents hat weniger dazu beigetragen, als die Bedürfnisse der Praxis. Der namhafte Jurist J. F. Stephen, der Verfasser einer bedeutenden dem Englischen Strafrechte gewidmeten Arbeit[2]) und der Englisch-Indischen Strafgesetzgebung, wurde mit der Bearbeitung eines Entwurfs beauftragt und unterzog sich dieser nicht leichten Aufgabe. Das Resultat seiner Arbeit war der Entwurf von 1878. Dieser Entwurf wurde u. A. in England besprochen in der Novembernummer des Law Magazine Jahrgang 1878, in Deutschland in Goltdammer's Archiv vom Herrn Professor Mayer und im Gerichtssaal vom Herrn Advokaten Winniwarter. Am 14. Mai 1878 hielt der attorney-general im house of commons eine ausführliche erläuternde Rede, welche, wie gewöhnlich, die Stelle der in anderen Ländern üblichen Motive vertritt. Der Entwurf fand jedoch keine Gnade in den Augen des genannten Hauses; daher wurde eine Kommission ernannt, der auch Stephen angehörte, und welcher der Auftrag ertheilt wurde, den Entwurf zu revidiren. Dieselbe leistete diesem Auftrage Folge und reichte im Jahre 1879 den revidirten Entwurf ein. Aber nicht bloss im house of commons stiess der Entwurf auf Widerspruch. Auch ausserhalb des Parlaments wurde derselbe angegriffen; namentlich war dies der Fall Seitens des Herrn E. D. Lewis in einer im September 1878 in Bristol gehaltenen, später im Druck erschienenen Rede[3]). Auch der Entwurf von 1879 befriedigte diesen Juristen nicht, wesshalb er

[2]) A digest of the criminal law. London. 1877.

[3]) A paper on the codification of the criminal law of England. London. 1878.

einige Zeit später eine ausführliche Skizze eines neuen Englischen Strafgesetzbuchs herausgab; dies ist ein umfangreiches Buch von mehr als fünfhundert Seiten[4]), welches mir kurze Zeit nach Vollendung des Entwurfs von 1879 im August dieses Jahres zukam. Auf diesen Entwurf und diese Skizze möchte ich die Aufmerksamkeit lenken. Ich werde hierbei das Eingehen auf alle Einzelheiten vermeiden, mich vielmehr auf die Hauptsachen beschränken und dem Leser nur vorzuführen suchen, in wie weit diese gesetzgeberischen Arbeiten mit einander übereinstimmen, in wie weit sie von einander verschieden sind, und welche Abänderungen des bestehenden Strafrechts der Entwurf und die Skizze bezwecken.

Der Entwurf und die Skizze handeln beide nicht nur vom Strafrechte, sondern auch vom Strafprocesse. Der Entwurf ist für England und Irland bestimmt, die Skizze dagegen soll sich nur auf England selbst beziehen. Der Entwurf umfasst nicht alle von dem common- und statute-law gegenwärtig geahndeten Verbrechen. Er erklärt einerseits viele der von dem common-law mit Strafe bedrohten Handlungen für straflos und verweist andererseits oft auf Special-Gesetze, welche die von ihm nicht aufgenommenen Verbrechen regeln. Die Skizze dagegen will nicht bloss wie der Entwurf das common-law, sondern auch die Special-Gesetze abschaffen und an Stelle derselben treten.

Die Eintheilung ist sehr verschieden. Der Entwurf besteht aus acht Titeln; dieselben umfassen 1) die Einleitung, 2) die Verbrechen wider die öffentliche Ordnung, 3) die Verbrechen, welche sich auf die Handhabung des Rechts und der öffentlichen Ordnung beziehen, 4) die Verbrechen wider die Religion, die Sittlichkeit und die öffentliche Wohlanständigkeit, 5) die Verbrechen wider die Person, die Ehre und den guten Ruf, 6) die Verbrechen wider Eigenthumsrechte und wider die aus Uebereinkünften hervorgehenden Rechte, 7) den Straf-

---

[4]) A draft of the criminal law and procedure. London. 1879.

process und 8) die aufzuhebenden Gesetze. Die Skizze dagegen ist in sechs Abtheilungen getheilt; sie umfassen: die Einleitung, einen Entwurf einer neuen Gerichtsorganisation, den Strafprocess, die Verbrechen, die Strafen, die Verurtheilung in die Kosten, Bestimmungen über die Geschworenen, schirmende Bestimmungen für diejenigen, welche unter Wirkung dieses skizzirten Gesetzes handeln, und die aufzuhebenden Gesetze.

Wenn man sich schon hiernach im Allgemeinen die Frage vorlegt, ob die Skizze dem Entwurfe vorzuziehen sei, so wird man dieselbe theils bejahen, theils verneinen müssen und zwar nach Massgabe folgender Erwägungen. Der Entwurf ist vorzuziehen, insofern derselbe auch Irland umfasst und die Verbrechen in Hauptabtheilungen trennt, die Skizze dagegen, insofern dieselbe materiell mehr umfasst und der Entwickelung der Strafprocessbestimmungen diejenigen des Strafrechts folgen lässt, da in dem komplizirten Englischen Strafprocesse bedeutende Aenderungen Statt finden müssen, bevor man das Englische Strafrecht einer eingehenden Revision unterziehen kann. Ich hoffe, die gemachten allgemeinen Bemerkungen werden an dieser Stelle genügen.

Wenden wir uns jetzt zu den Aenderungen des geltenden Rechts, welche von dem Entwurfe und der Skizze empfohlen werden. Nach dem Entwurfe sollen alle Uebertretungen des common-law, welche er nicht aufgenommen und mit Strafe bedroht hat, straflos sein. Es scheiden demnach aus der Reihe nach common-law strafbarer Handlungen aus: oppression und extorsion, champerty, maintenance, being a common barrator, being a common scold, die Weigerung ein Amt zu bekleiden, die Weigerung einen Reisenden zu beherbergen, sowie alle Verschwörungen; hierbei sind aber immer diejenigen von der Straflosigkeit nicht ausgenommen, welche im Entwurfe oder in einem speciellen Gesetze erwähnt werden [5]). Denjenigen meiner Leser,

---

[5]) Section 5.

denen das Englische Recht weniger genau bekannt ist, wird hoffentlich eine kurze Erläuterung nicht unwillkommen sein. Extorsion und oppression haben beide eine rechtswidrige Handlung eines Beamten zur Voraussetzung; besteht diese Handlung in der Abforderung nicht geschuldeter Gelder oder Werthobjecte unter missbräuchlicher Berufung auf die nicht vorhandene Amtsgewalt, so liegt extorsion vor; besteht dieselbe aber in Körperverletzung, Gefangennahme oder einer anderen nicht unter extorsion zu subsumirenden Beleidigung, so liegt oppression vor. Beide Verbrechen werden also straflos sein, ausgenommen wenn dieselben von einem Gesetze oder von dem Entwurfe bestimmt mit Strafe bedroht sind. Der maintenance macht sich derjenige schuldig, der einem Anderen bei einem Processe, bei dem er kein Interesse hat, oder aus unwürdigen Motiven Hilfe leistet; der champerty, wenn er noch dazu mit dem Processirenden übereingekommen war, dass er im Falle eines günstigen Erfolges einen Antheil am Gewinn bekommen solle. Unter common barrator versteht man Denjenigen, welcher berufsmässig Processe oder Streitigkeiten verursacht, fortsetzt oder dazu aufreizt. Common scold, wörtlich übersetzt ein Teufelsweib, ist ein Weib, welches fortwährend schimpft und streitet. Da die Verfolgungen wegen letzterer Delicte kein Ende nehmen würden, hat man dieselben schon lange faktisch ganz aufgegeben. Da diese Personen jedoch immerhin nach dem Gesetze doch strafbar waren, schien eine ausdrückliche Aufhebung jener veralteten Bestimmung wünschenswerth. Dass die Skizze dem Entwurfe vorzuziehen ist, indem dieselbe die Bestimmungen des common-law aufhebt und diejenigen der statute-law durch neue ersetzt, ist zweifellos, es bleibt aber dennoch eine offene Frage, ob hier nicht gilt: Le mieux est l'ennemi du bien. Wie dem auch sei, es kann nicht bezweifelt werden, dass das geltende Strafrecht dem Entwurfe in diesem Punkte bei Weitem nachsteht.

Wenden wir uns zu den Strafen. Die Intramuralexecution,

bis jetzt allein beim Morde verordnet, wird von dem Entwurfe und der Skizze mit richtigem Takte zur allgemeinen Regel erhoben [6]). Die Einzelhaft wird aufgehoben [7]). Der Entwurf giebt für die Prügelstrafe, welche auch von Lewis in Schutz genommen wird [8]), bestimmte Vorschriften [9]). Das Werkzeug, womit die Hiebe ertheilt werden, und ihre Zahl sind verschieden, je nachdem der Missethäter älter oder jünger ist als sechzehn Jahre; Frauen werden nie gegeisselt. Es ist bedauernswerth, dass solch eine drakonische Bestimmung, wie es die Beibehaltung der körperlichen Züchtigung ist, den neuen Entwurf entstellt; bedauernswerth auch, dass sie von einem so tüchtigen Juristen, wie Lewis zweifelsohne ist, gebilligt wird [10]).

Lobenswerth erscheint eine Bestimmung, welche dem Entwurf und der Skizze in gleicher Weise eigen ist, nämlich die Berechtigung des Gerichtshofs, einen Gefangenen ohne Urtheil, nur mit einer Verwarnung entlassen zu dürfen; diese Entlassung ist der Freisprechung gleichgestellt.

Der Entwurf, und mit ihm ist die Skizze in dieser Hinsicht homogen, hebt richtigerweise die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen auf. Demzufolge war eine Aenderung der Lehre des Rückfalls nothwendig [11]). Nach den Vorschriften des jetzigen Gesetzes kann der wegen eines Verbrechens Verurtheilte, welcher später wieder ein Verbrechen begeht, zu lebenslänglicher Zwangarbeit verurtheilt werden. Der Entwurf bestimmt das Maximum der Rückfallsstrafe auf vierzehn Jahre, und zwar nur unter der Voraussetzung, dass der Angeklagte früher wegen eines mit Ehrlosigkeit geahndeten

---

[6]) Section 8, Lewis p. 235.

[7]) Section 9.

[8]) p. 236 u. 237.

[9]) Section 10.

[10]) Section 13, Lewis p. 240.

[11]) Vergl. über den Rückfall Section 6, 15, 265, 268, 271, 272, 274, 275, 299, 302, 304, 305, 306, 307, 308 u 380.

Verbrechens verurtheilt worden und sich nachher eines der folgenden im Entwurfe umschriebenen Verbrechen schuldig macht. Diese Verbrechen sind 1) das Zerstören, Beschädigen, Verbergen oder Unlesbarmachen einer Urkunde in betrügerischer Absicht, 2) der Diebstahl (nicht ausdrücklich im Entwurfe umschrieben), 3) die Aneignung von Sachen mittelst falscher Angaben und der Versuch dazu, 4) die Anstiftung zur Zerstörung oder Fälschung von Werthobjecten und der Versuch dazu, 5) die Untreue, 6) das Einbrechen in ein dem Gottesdienste gewidmetes Gebäude, in ein Haus oder in einen Laden in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, 7) der beabsichtigte Einbruch in ein Wohnhaus unter Führung von Waffen, unter Vermummung oder Besitz von Brecheisen, 8) die Falschheit. Die Skizze huldigt dagegen, was den Rückfall betrifft, einem ganz anderen Systeme, welche sich auf die folgenden allgemeinen Regeln zurückführen lässt: Wer wegen eines Verbrechens, auf welches ein Maximum von zwei Jahren Gefängniss mit harter Arbeit steht, verurtheilt ist, und später ein mit einem Maximum von fünf Jahren Zwangarbeit bedrohtes Verbrechen begeht, kann höchstens zu sieben Jahren Zwangarbeit verurtheilt werden; war er früher wegen eines mit Zwangarbeit bedrohten Verbrechens verurtheilt, und begeht er später ein Verbrechen, worauf höchstens siebenjährige Zwangarbeit steht, so kann er höchstens mit vierzehn Jahren Zwangarbeit bestraft werden; war er früher verurtheilt wegen eines mit Zwangarbeit bedrohten Verbrechens und macht sich nachher eines mit sieben bis vierzehn Jahren geahndeten Verbrechens schuldig, so kann für ihn die Strafe höchstens zwanzig Jahre Zwangarbeit betragen; war endlich das zweite von ihm begangene Verbrechen mit einem Maximum von mehr als vierzehn Jahren Zwangarbeit bedroht, so kann die Strafe für ihn bis zu lebenslänglicher Zwangarbeit steigen [12]). Hätte ich nur zwischen diesen beiden Systemen zu wählen, so würde ich

---

[12]) Lewis p. 242 u. 243.

das der Skizze vorziehen. Keines der Beiden kann mich aber befriedigen, weil ich nur dann dem Richter die Befugniss beim Rückfalle eine schwerere Strafe anzuwenden zuerkannt wissen will, wenn der Rückfällige früher wegen eines gleichartigen Verbrechens bereits bestraft und nicht nur verurtheilt worden ist. Gleichartig ist aber jedenfalls nicht in einem zu engen Sinne aufzufassen; wenn z. B. Jemand stiehlt, nachdem er früher wegen einer Unterschlagung bestraft war, so müsste Gleichartigkeit angenommen werden, da beide Delicte gegen das Eigenthum gerichtet sind. — Beide Systeme stehen indess insofern auf dem richtigen Standpunkte, als sie den Richter berechtigen, aber ihn nicht verpflichten, die Maximalstrafe aufzulegen. Der Entwurf wäre freilich konsequenter gewesen, wenn er jeden als Rückfälligen betrachtet hätte, der nach früherer Verurtheilung wegen eines mit Ehrlosigkeit geahndeten Verbrechens ein weiteres Verbrechen begeht. Ausserdem ist die ellenlange, oben von mir mitgetheilte Aufzählung ganz unnütz und für die Praxis verwirrend. Die Skizze übertreibt dagegen die Wichtigkeit der wider das erste und das zweite Verbrechen angedrohten Maximalstrafen, da es, wenn auch nicht im System der Skizze, doch an sich irrelevant ist, zu welcher Maximalstrafe man verurtheilt werden kann, sondern nur zu welcher Strafe man verurtheilt worden ist.

Der Entwurf verbietet die Strafen zu kumuliren[13]), und mit diesem Prinzip ist die Skizze im Allgemeinen einverstanden[14]), sofern die Anwendung einer mehr als zweijährigen fortwährenden Gefängnissstrafe davon die Folge sein würde; sie verleiht aber dem Gerichtshofe die Befugniss, zur Zwangarbeit anstatt zum Gefängniss zu verurtheilen.

Der Entwurf verordnet[15]), und die Skizze stimmt damit überein[16]), dass der wider einen Verbrecher verübte Zwang

---

[13]) Section 17.

[14]) Lewis p. 241.

[15]) Section 23.

[16]) Lewis p. 247.

diesen bei den, ausdrücklich im Entwurfe genannten schweren Verbrechen, niemals straflos mache, nur bei leichten Verbrechen wird Straflosigkeit zugestanden, aber auch dann nur unter der mehrfachen Bedingung, dass der Zwang in Androhung des unmittelbar bevorstehenden Todes oder der schweren Körperverletzung bestanden habe, dass der Zwang von Jemandem, welcher zur Stelle und zur Zeit des Verbrechens gegenwärtig, ausgeübt worden, dass der Verbrecher wirklich der Meinung gewesen, es würde diesen Drohungen Folge gegeben werden, und dass endlich er sich nicht diesem Zwange durch die Theilnahme an einer Versammlung oder Verschwörung selbst unterworfen habe. Da das heutige Englische Recht keine allgemeinen Regeln über den Einfluss des Zwanges enthält, muss diese Bestimmung als ein grosser Fortschritt betrachtet werden. Dies gilt auch von der weiteren Vorschrift, dass falls eine Ehefrau in der Gegenwart ihres Mannes ein Verbrechen begeht, nicht mehr zu präsumiren sei, dieselbe handele unter dem Einflusse von Zwang.

Der Entwurf erwähnt die Fälle, in welchen bestimmte Umstände die Schuld herabsetzen oder eine Handlung, welche der Regel nach unrechtmässig sein sollte, zu einer rechtmässigen stempeln; er schreibt insbesondere vor, dass bei Verhaftung von Verbrechern nie mehr Gewalt gebraucht werden solle, als in concreto bestimmt nothwendig sei [17]. Diese Prinzipien werden von der Skizze getheilt [18]. Obwohl diese Bestimmungen im Ganzen und Grossen dem bestehenden Rechte entsprechen, enthalten dieselben doch die durch die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen nothwendig gewordenen Aenderungen.

Für die Unterdrückung gefährlicher Verschwörungen werden bestimmte Regeln gegeben [19]; hierdurch wird allen Schwankungen der Praxis ein Ende gemacht.

[17]) Section 25 bis 70.

[18]) Lewis p. 246 und flg.

[19]) Section 48 bis 53.

In Bezug auf die Lehre der Theilnahme ändern der Entwurf und die Skizze das geltende Recht, indem dieselben den Unterschied zwischen den Theilnehmern am Verbrechen, bevor es begangen wurde, und den Hauptthätern[20]) aufheben, beide Klassen vielmehr unter dem Namen von Theilnehmern umfassen[21]). Auch nach dem Gesetze der Königin Victoria[22]) war diese Bestimmung nicht überflüssig, weil dieses bloss in so weit das bestehende Recht abgeändert hatte, der Theilnehmer „before the fact" mit der nämlichen Strafe wie der Hauptthäter bestraft werden kann, wenn ein Verbrechen vollendet vorliegt.

Der Entwurf und die Skizze bedrohen den Versuch mit Strafe, falls er begangen wurde unter Umständen, welche die Begehung des Verbrechens unmöglich machen[23]). Dieselben entfernen sich also von den wichtigen jetzt gültigen Bestimmungen, nach denen der Versuch mit untauglichen Mitteln und wider untaugliche Objekte straflos ist.

Nach den Bestimmungen des Entwurfs und der Skizze[24]) wird nicht mehr als Hochverrath betrachtet die Tödtung des Kanzlers, des Schatzmeisters oder eines fungirenden Mitgliedes eines Gerichts, Nothzucht der ältesten unverheiratheten Tochter des regierenden Königs oder der regierenden Königin. Diese Verbrechen sind verschieden von Hochverrath und mit richtigem Takte daher von dem Entwurfe und der Skizze davon getrennt worden. Die Letzteren gehen aber doch nicht weit genug, indem sie noch zum Hochverrathe rechnen den Ehebruch mit der nicht regierenden Königin oder mit der Ehefrau des ältesten Sohnes und muthmasslichen Thronfolgers des regierenden Königs oder der regierenden Königin, und zwar selbst dann, wenn der Ehebruch mit Zustimmung des

---

[20]) Accessories before the fact and principals.

[21]) Parties. Vergl. Section 71 und Lewis p. 250 u. flg.

[22]) 24 und 25, Victoria c. 94.

[23]) Section 74, Lewis p. 251 u. 252.

[24]) Section 75. Lewis p. 256.

weiblichen Theils begangen worden. Das geltende Recht straft jeden Theilnehmer am vollendeten Hochverrathe mit dem Tode, und Jeden, welcher mit einem vollendeten Akte des Hochverraths bekannt war, binnen bestimmter Frist aber keine Anzeige davon gemacht hat, mit lebenslänglicher Zwangsarbeit. Der Entwurf droht im erstgenannten Falle auf lebenslängliche Zwangsarbeit an; die nämliche Strafe ist aber auch demjenigen angedroht, welcher wusste, dass ein Anderer einen Akt des Hochverraths begehen würde, und dessenungeachtet nicht alle redlicherweise von ihm zu fordernden Mittel angewendet hat, um jenen Akt zu verhüten[25]). Die Skizze geht von einem anderen Prinzipe aus und bedroht nur Strafe wider einen Theilnehmer an einem schon vollendeten Akte des Hochverraths, in welchem Falle dieselbe die Wahl lässt zwischen verschiedenen Strafarten[26]). Man muss es billigen, dass der Entwurf und die Skizze in diesem Falle die Strafe mildern und die Nichtanzeige eines vollendeten Aktes des Hochverraths, von dem man Kenntniss hatte, straflos erklären. Uebrigens ist der Entwurf der Skizze vorzuziehen, denn es liegt doch zweifelsohne ein Verbrechen vor, wenn man wusste, dass ein Anderer sich des Hochverraths schuldig machen würde, gleichwohl aber nicht alle Mittel angewendet hat, um dies zu verhüten.

Wenn man die verschiedenen Definitionen, welche im Englischen Rechte von einer gesetzwidrigen Versammlung gegeben werden, zusammenfasst, wird man nicht weit von der Wahrheit entfernt sein, wenn man dieselbe also definirt: Eine gesetzwidrige Versammlung ist eine Versammlung von drei oder mehr Personen, zusammengekommen entweder in der Absicht, um mit öffentlicher Gewalt ein Verbrechen zu begehen, oder um einen gemeinschaftlichen rechtmässigen oder rechtswidrigen Plan zu vollziehen, in einer solchen Art, dass

---

25) Section 78.
26) Lewis p. 261.

dadurch bei kräftigen und muthigen Personen in ihrer Nähe eine wohlbegründete Furcht vor einem Friedensbruche entsteht. Der Entwurf empfiehlt eine andere Definition, welche verkürzt also lautet: Eine rechtswidrige Versammlung ist eine Versammlung von drei oder mehr Personen, welche in der Absicht einen gemeinschaftlichen Plan zu vollziehen, sich in solch einer Art versammeln oder sich während der Versammlung so betragen, dass in der Nähe befindliche Personen wohlbegründete Ursache haben, um zu fürchten, die also Versammelten werden, indem sie Unruhe verursachen, entweder selbst den Frieden stören oder Andere dazu aufmuntern. Durch solche Handlungen kann eine Anfangs rechtmässige Versammlung rechtswidrig werden. Nicht unrechtmässig oder rechtswidrig ist dagegen eine Versammlung von drei oder mehr Personen, welche das Haus eines ihrer Genossen wider Personen zu schützen beabsichtigen, welche in jenes Haus einzubrechen und einzudringen drohen, um daselbst ein Verbrechen zu begehen[27]. Es ist nur zu billigen, dass die Skizze diese ganze Bestimmung als mit der individuellen Freiheit nicht im Einklang stehend verwirft. Die Skizze ihrerseits will nur bestrafen eine Versammlung von drei oder mehr Personen auf einer öffentlichen Heerstrasse, wenn dieselben durch ihr gewaltthätiges oder ruhestörendes und drohendes Betragen den sich in ihrer Nähe befindenden Personen oder Anderen, wider welche ihre Handlungen bestimmt gerichtet sind, Schrecken einflössen[28]. Aber auch dies ist nicht zu billigen, denn diese Bestimmung, obwohl der des Entwurfs vorzuziehen, enthält eine verwerfliche Ausbreitung der Lehre der Anstiftung. Warum man immer drei Personen fordert und zwei zu einer Versammlung nicht genügen, ist nicht klar.

Nach dem geltenden Rechte wurde es, obwohl es oft genug bestraft worden, dennoch angezweifelt, ob es strafbar sei,

---

[27]) Section 84.

[28]) Lewis p. 265 u. 266.

um einen Preis zu fechten. Der Entwurf bestimmt dies ausdrücklich[29]), aber die Skizze lässt den Zweifel fortbestehen[30]).

Gerichtsbeamte, welche sich bestechen lassen, und andere Personen, welche dieselben bestechen, werden, auch im Fall des Versuchs dieser Verbrechen, nach dem Entwurfe mit höchstens vierzehnjähriger Zwangsarbeit[31]) und nach der Skizze mit einer Maximal-Strafe von sieben Jahren Zwangsarbeit oder zwei Jahren Gefängniss bestraft[32]). Die Maximal-Strafe sinkt aber auch nach dem Entwurfe bis zu siebenjähriger Zwangsarbeit, falls die Bestechung oder der Versuch dazu in der Absicht ein Amt zu bekommen, begangen wurde. Nach dem jetzigen Rechte wird nach dem common-law die Bestechung und deren Versuch nur als ein Vergehen betrachtet, wenn der Thäter die Absicht hatte, den Gerichtsbeamten zu bewegen, etwas pflichtwidriges zu thun oder zu unterlassen. Die Bestechung und deren Versuch in der Absicht, ein Amt zu bekommen, wird jetzt nur mit Busse und Gefängniss bestraft.

Einigermassen abweichend von der üblichen Definition, definirt der Entwurf die „unwahren gesetzmässigen Erklärungen in Rechten“[33]), was leider die Skizze ganz unterlässt[34]). In Bezug auf die Strafen ist zu bemerken, dass das Maximum nach dem heutigen Gesetze sieben Jahre Zwangsarbeit beträgt; nach dem Entwurfe steigt es bis zu lebenslänglicher Zwangsarbeit, sofern die Absicht auf Herbeiführung einer Verurtheilung wegen eines mit dem Tode oder Zwangsarbeit bedrohten Verbrechens gerichtet war, geht indess in allen anderen Fällen nur bis zu vierzehnjähriger Zwangsarbeit; nach der Skizze steigt es überhaupt nie höher als bis zur letztgenannten Strafe.

---

[29]) Section 98.

[30]) Lewis p. 306 u. 307.

[31]) Section 111, 112 u. 113.

[32]) Lewis p. 410 u. 411.

[33]) Section 119, 120 u. 121.

[34]) Lewis p. 340 u. flg.

Der Entwurf, und in dieser Hinsicht unterscheidet derselbe sich günstig von der Skizze, stellt ein neues Verbrechen auf, indem derselbe jedem, welcher in der Absicht, den Richter irre zu führen, Schuldbeweise eines Verbrechens wider jemanden sammelt oder ersinnt, siebenjährige Zwangsarbeit im Maximum androht[35]). Als Beispiel wird der Fall angeführt, dass Jemand an einer bestimmten Stelle eine Kugel hinlegt, um glauben zu machen, der A, welcher ein Gewehr abgeschossen, um den B zu erschrecken, hätte dies gethan, um ihn zu tödten. Wenn ich mich nicht irre, so hat keine der neueren Europäischen Strafgesetzgebungen diese Thatsachen in die Reihe der Verbrechen aufgenommen, und doch wäre dies nicht zu tadeln, mag auch das mitgetheilte Beispiel schlecht gewählt sein.

Der Entwurf und die Skizze erhöhen die Strafe wider jeden, welcher sich mit einem Anderen verschwört, um den Rechtsgang zu hemmen oder zu stören, und wider jeden, der dies versucht. Im ersten Falle droht der Entwurf ein Maximum von sieben Jahren Zwangsarbeit, dagegen lässt die Skizze die Wahl zwischen dieser Strafe und zwei Jahren Gefängniss als Maximum; im zweiten Falle empfehlen beide ein Maximum von zwei Jahren Gefängniss[36]).

Sehr wichtig und sehr richtig ist die Aenderung, welche bezüglich der jetzt geltenden Bestimmungen, betreffend das Befreien von Gefangenen oder die Hülfeleistung zur Entweichung, von dem Entwurfe und der Skizze empfohlen wird, beide Projecte wollen nämlich, dass künftighin diejenigen, welchen kraft ihres Amtes die Aufsicht oder die Ueberwachung der Gefangenen anvertraut ist, falls sie sich dieses Verbrechens schuldig machen, strenger bestraft werden, als andere Personen[37]). Darf ein Wort des Lobes diesen Be-

---

[35]) Section 125.

[36]) Section 127 u. 128, Lewis p. 344 u. 345.

[37]) Section 135, 136 u. 138, Lewis p. 401 u. flg.

stimmungen des Entwurfs und der Skizze nicht vorenthalten werden, so gilt das Gegentheil von den den beiden Projecten gemeinsamen Bestimmungen, welche die Strafe nach der Schwere desjenigen Verbrechens bemisst, welches der Gefangene, dessen Flucht man bewirkte oder erleichterte, begangen hat.

Ein Gesetz von König Wilhelm III. [38]), modifizirt von einem Gesetze König Georgs IV. [39]), bestraft die Aeusserung bestimmter Meinungen über religiöse Gegenstände. Der Entwurf straft gotteslästerliche Schriften, während er jede anständige Aeusserung religiöser Meinungen straflos lässt und es als eine quaestio facti bezeichnet, was unter gotteslästerlich zu verstehen sei [40]). Die Skizze will die Gotteslästerung aus der Reihe der Verbrechen streichen, an deren Stelle aber alle diejenigen öffentlichen Handlungen für strafbar erklären, mit denen man beabsichtigte, die religiöse Ueberzeugung Anderer zu verletzen [41]). Diese Bestimmungen sind nicht zu billigen. Dieselben überlassen ja Alles dem Urtheil des Richters, welcher die Sache in concreto zu entscheiden hat; und was von grösserer Wichtigkeit ist, sie rechnen zum Rechtsgebiete, was zum Gebiete der Religion gehört, sie verletzen die Gewissensfreiheit und verneinen die Rechtsgleichheit. Es wäre demnach wünschenswerth, diese Bestimmungen aufzuheben.

Zu den strafbaren Handlungen rechnet der Entwurf und die Skizze in Uebereinstimmung mit dem geltenden Recht auch die widernatürliche Unzucht; über die Angemessenheit dieser Bestimmung mag man streiten. Niemand aber wird es tadeln, dass beide Projecte die Minimal-Strafe (jetzt zehn Jahre Zwangsarbeit) aufheben [42]); ist doch jedes Minimum verwerflich, sobald das System der mildernden Umstände verlassen wird.

---

[38]) 9 u. 10, Will. 3 c. 35.

[39]) 35, Geo. 3 c. 100.

[40]) Section 141.

[41]) Lewis p. 312.

[42]) Section 144, Lewis p. 296 u. 297.

Der Entwurf erklärt ferner als strafbar alle ungebührlichen Handlungen, gleichviel wo dieselben begangen werden, sofern nur die Absicht zu beleidigen oder zu verletzen erhellt[43]. Die Skizze fordert wie das geltende Recht als Voraussetzung der Strafbarkeit in jedem Falle Publicität[44]. Obwohl der Ausdruck „ungebührend" etwas unbestimmt ist, stimme ich hier doch dem Entwurfe bei, mag es auch wahr sein, dass diese Handlungen nur selten bestraft werden können.

Das Publiziren, zum Verkauf auslegen oder Ausstellen unsittlicher Schriften und Gegenstände wird in dem Entwurfe und in der Skizze ausführlich umschrieben. Beide weichen mehr oder weniger vom heutigen Rechte ab; mit Recht erklären beide solche Handlungen, die zum allgemeinen Nutzen gereichen, für straflos[45]. Ein Gesetz der Königin Victoria[46] bedroht diejenigen mit Strafe, die durch falsche Vorwände, falsche Vorstellungen oder andere betrügerische Mittel verursachen, dass eine Frau oder ein Mädchen unter einundzwanzig Jahren mit einem Manne fleischliche Gemeinschaft hat. Die Skizze schlägt in dieser Bestimmung keine nennenswerthe Aenderung vor[47]; der Entwurf dagegen fordert zur Erfüllung des Thatbestandes noch gewinnsüchtige Absicht[48]. So werden wenigstens die gefährlichsten und verächtlichsten Verführer getroffen.

Unter common-nuisance versteht das heutige Recht und der Entwurf[49] jede gesetzwidrige Handlung oder jede Unterlassung einer gesetzlichen Verpflichtung, wenn dadurch Gefahr entsteht für das Leben, die Sicherheit, die Gesundheit, das Eigenthum oder die Bequemlichkeit des Publikums, oder

---

[43]) Section 146.

[44]) Lewis p. 310 u. 311.

[45]) Section 147, Lewis p. 311.

[46]) 24 u. 25, Vict. c. 100, S. 49.

[47]) Lewis p. 291.

[48]) Section 148.

[49]) Section 150.

wenn dadurch das Publikum an der Ausübung oder dem Genuss eines allen Einwohnern gemeinen Rechtes gehindert wird. Jede dergleichen Handlung oder Unterlassung wird jetzt als Verbrechen betrachtet. Der Entwurf dagegen nimmt nur dann ein Verbrechen an, wenn durch eine solche Handlung oder Unterlassung das Leben, die Sicherheit oder die Gesundheit des Publikums gefährdet wird, oder wenn jemandem eine Körperverletzung zugefügt worden ist[50]). Der Entwurf erwähnt auch die Fälle, in denen eine solche Handlung oder Unterlassung kein Verbrechen darstellt[51]). Lewis geht dagegen von einem ganz anderen Prinzipe aus. Er will von der Aufnahme der common-nuisance als solcher in ein neues Strafgesetzbuch nichts wissen, weil zu jener Rubrik allerlei Thatsachen von ganz verschiedener Art gerechnet werden, und man dieselben, insoweit sie von weniger Wichtigkeit seien, entweder ruhig den Polizeigerichten anvertrauen oder straflos lassen könne. Die wichtigeren Thatsachen dagegen, welche ernstliche Gefahr für das Leben oder die Gesundheit enthalten, sollten als crimina sui generis und nicht als common-nuisances bestraft werden[52]).

Mag die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Polizeiübertretungen verwerflich sein, so ziehe ich doch hier die Skizze bestimmt dem Entwurfe vor.

Der Entwurf und die Skizze strafen wie das geltende Recht die Ausstellung oder den Verkauf zur menschlichen Nahrung ungeeigneter Gegenstände und geben die Befugniss, der jetzt angedrohten Gefängnissstrafe noch harte Arbeit hinzuzufügen[53]).

Das jetzt geltende Recht straft das Ausgraben von Leichen und die gesetzwidrige Weigerung der Leichenbestat-

---

[50]) Section 151.

[51]) Section 152.

[52]) Lewis p. 445.

[53]) Section 153, Lewis p. 417.

tung. Die Skizze dehnt diese Bestimmung ein wenig, aber noch nicht genügend aus[54]). Der Entwurf dagegen umfasst mit vollstem Rechte die Uebertretungen in Bezug auf das Begraben von Leichen und die Leichenschändung[55]). Das bestehende Recht bestimmt, dass Jeder, welcher als Herr oder Herrin sich verbunden hat, einem Dienstboten oder Gesellen die nothwendige Nahrung, Kleidung oder Wohnung zu verschaffen, dazu gesetzlich verpflichtet und strafrechtlich verantwortlich ist, wenn er ohne gesetzliche Motive diesen Verpflichtungen nicht nachkommt, falls dadurch der Tod jenes Dienstboten oder Gesellen verursacht, oder dessen Leben gefährdet oder seine Gesundheit fortwährend verletzt wird. Der Entwurf beschränkt diese Regel auf Dienstboten und Gesellen unterhalb sechszehn Jahren[56]). Vorzuziehen ist der Standpunkt der Skizze, welche für strafbar erklärt jeden Bruch oder die Nichterfüllung eines Dienst- oder Miethskontraktes, falls man wusste oder redlicherweise wissen konnte, dass die muthmassliche Folge des Kontraktbruches sein werde, jemandes Leben zu gefährden oder jemandem eine Körperverletzung zuzufügen oder ein Werthobjekt zu zerstören oder zu beschädigen[57]). Der Entwurf bestimmt noch ausdrücklich, dass, wer durch Meineid den Tod eines Anderen verursacht, kein Mörder ist[58]). Die Skizze schweigt davon, und doch war jene Bestimmung nicht überflüssig, da ja noch namhafte Englische Juristen diese irrige Meinung vertheidigen, z. B. Blackstone und J. Stephen.

Der Entwurf schliesst die Strafbarkeit aus in Bezug auf Denjenigen, welcher durch Gemüthserregung einen Anderen tödtet oder eine tödtliche Krankheit verursacht, es sei denn, dass dies durch einen einem Kinde oder einem Kranken ein-

---

[54]) Lewis p. 310.

[55]) Section 158.

[56]) Section 161.

[57]) Lewis p. 418 u. 419.

[58]) Section 168.

geflössten Schrecken bewirkt werde[59]). Da sich dies von selbst versteht, hat die Skizze Recht, davon zu schweigen.

Die vom Entwurfe empfohlene Definition des Mordes ist besser als die jetzt übliche, weil dieselbe den unbestimmten Begriff der malice aforethought aufhebt[60]). Dennoch ist dieselbe nicht tadelfrei. Die Skizze giebt dagegen die richtige Definition, indem dieselbe Ueberlegung zum Morde fordert[61]).

Nach dem geltenden Rechte liegt nicht Mord, sondern nur Todtschlag vor, wenn der Thäter durch Schläge oder durch Ertappung seiner Ehefrau auf Ehebruch provocirt wurde. In allen anderen Fällen der Provokation war die Sache aber zweifelhaft. Darum ist es lobenswerth, dass der Entwurf und die Skizze vorschreiben[62]), jede unrechtmässige Handlung (nach der Skizze auch noch sehr richtig jede unrechtmässige Unterlassung), welche einen ordentlichen Menschen der Macht der Selbstbestimmung beraubt, solle als Provokatiou gelten, in solchen Fällen solle daher immer Todtschlag, nie Mord angenommen werden.

Die Theilnahme am Selbstmord wird heutzutage bestraft als Theilnahme am Mord. Mit der Aufhebung der accessories before the fact musste natürlich auch diese Bestimmung abgeändert werden. Der Entwurf und die Skizze bestrafen daher dieses Verbrechen als crimen sui generis, der erstgenannte im Maximum mit lebenslänglicher Zwangsarbeit, während die zweite zwischen diesem Maximum die Wahl lässt und einem Maximum von zwei Jahren Gefängniss[63]).

Da viele Fälle des Kindesmordes nach dem bestehenden Rechte straflos sind, wollen der Entwurf und die Skizze diesem Zustande ein Ende machen, jedoch auf verschiedenem

---

[59]) Section 170.

[60]) Stephen p. 144, Section 174 u. 175.

[61]) Lewis p. 280 u. 281.

[62]) Section 176, Lewis p. 281.

[63]) Section 183, Lewis p. 285.

Wege [64]). Nachdem über diese Frage während längerer Zeit ein grosser Meinungsstreit geherrscht hatte, lässt die jetzt allgemein in England anerkannte Doctrin sich auf Folgendes zurückführen. Todtschlag setzt die Tödtung eines Menschen durch einen Menschen voraus. Ein Kind wird Mensch, sobald es ganz geboren ist, gleichviel ob es geathmet hat oder nicht, und ob die Nabelschnur getrennt worden ist oder nicht. Die Tödtung eines solchen Kindes soll als Todtschlag betrachtet werden, gleichviel ob dasselbe durch vor, während oder nach der Geburt zugefügte Verletzungen getödtet worden ist. Ein lebendiges Kind wird vor oder während der Geburt nicht als Mensch betrachtet, selbst nicht, wenn dasselbe geathmet hat. In diesen Fällen stellt also die Tödtung desselben keinen Todtschlag dar [65]). Nach dem bestehenden Rechte umfasst der weite Begriff des Mordes auch Kindesmord. Der Entwurf bestraft jede Frau, welche entbunden worden oder die Entbindung erwartet, und in der Absicht, ihr Kind nicht am Leben zu erhalten, es unterlassen hat, für genügenden Beistand bei ihrer Niederkunft Sorge zu tragen, falls das Kind gleich vor oder während oder gleich nach der Geburt gestorben ist, es sei denn, dass dieselbe den Beweis liefert, dass der Tod die Folge jener Unterlassung oder einer anderen unrechtmässigen Handlung, woran sie Theil genommen, nicht sei. In jenem Falle beträgt die Maximal-Strafe nach dem Entwurfe lebenslängliche Zwangsarbeit; die Handlung wird also, was das Strafmaass anbetrifft, dem Todtschlag gleichgestellt. Die Strafe sinkt aber nach dem Entwurfe bis zu einem Maximum von sieben Jahren Zwangsarbeit herab, wenn eine Frau in den erstgenannten Umständen für genügende Hülfe bei ihrer Niederkunft zu sorgen in der Absicht unterlassen hat, um ihre Niederkunft zu verheimlichen und das Kind zu verbergen, sofern nämlich das Kind eine lebensläng-

---

[64]) Section p. 182, 185 u. 186, Lewis p. 283, 284 u. 285.

[65]) Stephen p. 138.

liche Verletzung dadurch bekommen hat, oder gleich vor, während oder gleich nach der Geburt gestorben ist; zur Ausschliessung der Strafbarkeit ist auch hier der Frau der Beweis nachgelassen, dass der Tod des Kindes nicht durch jene Unterlassung oder eine andere unrechtmässige Handlung, an der sie Theil genommen, verursacht sei. Die Skizze lässt, was die wider den Todtschlag angedrohte Strafe betrifft, die Wahl zwischen einem Maximum von lebenslänglicher Zwangsarbeit und zweijährigem Gefängniss. Sie bedroht, wie der Entwurf, den Kindesmord mit der nämlichen Strafe wie den Todtschlag. Dieselbe erklärt des Kindesmordes schuldig jede Frau, welche vorsätzlich und wissentlich eine rechtswidrige Handlung begeht, welche den Tod ihres Kindes während oder gleich nach der Geburt zur Folge hat, sofern sie nicht während jener Handlung der gewöhnlichen Macht der Selbstbestimmung infolge eines Geistes- oder leiblichen Leidens oder einer solchen Krankheit beraubt gewesen. Man nimmt an, das Kind sei vollkommen lebendig zur Welt gekommen, bis das Gegentheil festgestellt ist. Die Skizze betrachtet auch als Kindesmörderin jede Frau, welche infolge eines solchen Leidens oder einer solchen Krankheit der Macht der Selbstbestimmung beraubt war und in diesem Zustande vorsätzlich und wissentlich einem von ihr geborenen Kinde eine Körperverletzung innerhalb vierzehn Tagen nach seiner Geburt zufügt, wenn das Kind stirbt, und dessen Tod die Folge ist von oder beschleunigt wurde durch jene Körperverletzung.

Keines dieser drei Systeme befriedigt mich. In Bezug auf diese Materie möchte ich die nachfolgenden Prinzipien empfehlen. Mord und Todtschlag kann nur an einem lebenden Menschen begangen werden durch einen Menschen. Ein Mensch lebt seit dem Augenblicke, in welchem derselbe lebendig zur Welt kam, bis zu seinem Tode. Die gewöhnlichen Begriffe des Mordes und des Todtschlages müssen auch auf den sogenannten Kindesmord ihre Anwendung finden. Zum crimen abortus rechne man jedes Verbrechen, welches die Folge hatte,

dass das Kind vor, während oder gleich nach der Geburt stirbt, falls jenes Verbrechen begangen wurde vor oder während der Geburt.

Kraft eines von der Königin Victoria erlassenen Gesetzes [66]) werden Versuche, um einen Anderen zu erdrosseln oder zu ersticken, in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, mit lebenslänglicher Zwangsarbeit und Geisselung bestraft. Der Entwurf subsumirt unter diese Verbrechen jeden gewaltthätigen Versuch, um Personen ausser Stand zu setzen, sich wider Verbrechen zu vertheidigen [67]). Die Skizze hebt jenes Gesetz ausdrücklich auf [68]), und mit Recht, weil wider diese Verbrechen schon kraft anderer Bestimmungen Strafe angedroht ist.

Rape wird vom heutigen Rechte definirt als die Handlung eines Mannes, welcher fleischliche Gemeinschaft ausübt mit einer anderen als seiner eigenen Frau ohne ihre Zustimmung. Es wird angenommen, dass die Zustimmung jener anderen Frau fehle, falls Drohungen mit Körperverletzung stattgefunden haben, oder Furcht davor entstanden ist. Der Entwurf und die Skizze dehnen diese Bestimmungen aus [69]).

Der Entwurf fügt hinzu, die Zustimmung werde auch dann als fehlend präsumirt, wenn der Thäter sich betragen hat, als wäre er der Ehemann, oder sofern er falsche und betrügerische Vorstellungen über die Natur der Handlung gegeben hat. Die Skizze bestimmt, die Zustimmung fehle präsumtiv auch dann, falls der Thäter sich betragen hat, als wäre er der Ehemann, oder sich fälschlich dafür ausgegeben hat, oder wenn er fälschlich vorgewandt hat, die fleischliche Gemeinschaft sei für ihre Gesundheit nothwendig oder wohlthätig. Der Entwurf ist hier der Skizze vorzuziehen, da der-

---

[66]) 24 u. 25, Vict. c. 100 s. 21 u. 22.

[67]) Section 188.

[68]) Lewis p. 501.

[69]) Section 207, Lewis p. 289.

selbe, ohne in solche Einzelheiten sich zu vertiefen, mehr umfasst. Es liegt auf der Hand, dass diese Verbrechen nur wider fast bewusstlose oder geisteskranke Frauen verübt werden können.

Die Strafe des Versuchs beträgt bei diesen Verbrechen höchstens zwei Jahre Gefängniss, der Entwurf erhöht das Maximum bis zu sieben Jahren Zwangsarbeit, und die Skizze lässt die Wahl zwischen beiden Maximis[70]).

Die Gesetze der Königin Victoria[71]) bestimmen, dass Jeder eines Verbrechens schuldig und im Maximum mit lebenslänglicher Zwangsarbeit zu bestrafen ist, welcher „rape“ begeht oder rechtswidrige fleischliche Gemeinschaft ausübt mit einem Mädchen unterhalb zwölf Jahren, und dass Jeder, welcher dieses Verbrechen wider ein zwölf- bis dreizehnjähriges Mädchen begeht, sich eines Vergehens schuldig macht und höchstens zu zweijährigem Gefängniss mit harter Arbeit verurtheilt werden kann, es sei geschehen mit oder ohne ihre Zustimmung. Diese letzte sogenannte Ergänzung ist zweifelsohne ein Irrthum, denn sie macht es unmöglich, sich der „rape“ schuldig zu machen wider ein Mädchen zwischen zwölf und dreizehn Jahren, indem dieselbe fleischliche Gemeinschaft mit einem Mädchen jenes Alters nur für ein Vergehen erklärt[72]). Der Entwurf und die Skizze vermeiden denn auch diesen Irrthum, indem sie die Schlussworte weglassen, die Skizze lässt aber die Wahl zwischen dem jetzt angedrohten Maximum und einem Maximum von siebenjähriger Zwangsarbeit[73]).

Ein bis jetzt nicht ausdrücklich mit Strafe bedrohtes Verbrechen wird vom Entwurfe unter Strafe gestellt. Es handelt sich nämlich über den Fall, dass man den Tod eines lebenden, aber nicht lebendig geborenen Kindes verursacht

---

[70]) Section 209, Lewis p. 290.

[71]) 24 u. 25, Vict. c. 100 s. 48, 38 u. 39, Vict. c. 94 s. 3. u. 4.

[72]) Stephen p. 173.

[73]) Section 211, Lewis p. 290 u. 291.

in solcher Art, dass man des Mordes schuldig sein würde, falls das Kind ganz geboren gewesen wäre [74]). Mit Recht bespricht diesen Fall die Skizze nicht speciell, weil dieses Verbrechen infolge der jetzt geltenden Bestimmungen wie Kindesmord bestraft wird. Nach dem Systeme des Entwurfs und der Skizze, welche den Kindesmord als ein besonderes Verbrechen betrachten, hätte man allerdings bei den über den Kindesmord handelnden Bestimmungen nicht nur von der Mutter, sondern im Allgemeinen von jedem sprechen sollen, welcher sich dieses Verbrechens schuldig macht.

Die Jurisprudenz hat die Frage in verschiedenem Sinne betrachtet, ob derjenige sich der Bigamie schuldig macht, der während des Lebens seiner Frau eine zweite Heirath schliesst, in der Meinung, jene sei gestorben, und nachdem sieben Jahre vorüber gegangen sind, seitdem er sie zum letzten Male gesehen oder Nachricht von ihr bekommen hat. Dieser Rechtsunsicherheit wollten der Entwurf und die Skizze ein Ende machen; der erstgenannte beantwortet jene Frage bejahend, die zweite dagegen verneinend [75]). Keins dieser Systeme ist zu billigen, vielmehr wird es von den Umständen abhängen, ob das Verbrechen der Bigamie begangen ist oder nicht. Falls nämlich der Ehemann durch falsche zuversichtliche Nachrichten irregeleitet war, wird man ein Verbrechen nicht annehmen können, was dagegen sehr wohl der Fall sein würde, wenn derselbe nicht genügend untersucht hat, ob seine Frau noch am Leben sei oder nicht.

Der Entwurf und die Skizze sanctioniren der Hauptsache nach die Bestimmungen des jetzigen Rechtes in Bezug auf die Entführung; zu denselben rechnet man die Entführung einer über einundzwanzig Jahr alten Frau wider ihren Willen, oder die Entführung eines Mädchens im Alter zwischen sechszehn und einundzwanzig Jahren wider den Willen

---

[74]) Section 212.

[75]) Section 216, Lewis p. 292 u. 293.

derjenigen, welche gesetzliche Gewalt über dasselbe hatten, oder denen die Aufsicht über dasselbe rechtmässig anvertraut war, falls der Thäter die Absicht hatte, jene Frau oder jenes Mädchen zu heirathen oder mit ihr fleischliche Gemeinschaft zu haben oder einem Anderen die Gelegenheit dazu zu verschaffen. Beide definiren aber diese Verbrechen genauer. Der Entwurf droht dieselbe Maximal-Strafe an, wie das bestehende Recht, nämlich vierzehn Jahre Zwangsarbeit; die Skizze dagegen erlaubt anstatt dieser Strafe ein Maximum von zweijährigem Gefängniss anzuwenden [76]. Die Entführung von Mädchen unter sechszehn Jahren ist jetzt im Allgemeinen mit einer Maximal-Strafe von zweijährigem Gefängniss bedroht. Der Entwurf droht eine Maximal-Strafe von sieben Jahren Zwangsarbeit demjenigen an, welcher ein Mädchen dieses Alters der gesetzlichen Aufsicht entzieht, sofern dies stattfindet, um selbst mit demselben fleischliche Gemeinschaft auszuüben oder einem Anderen dazu die Gelegenheit zu geben. Die Skizze ändert nur insoweit das heutige Recht ab, als dieselbe annimmt, die Zustimmung fehle auch dann, wenn man sich diese durch Betrug erworben hat; auch lässt sie die Wahl zwischen den Maximal-Strafen des heutigen Rechts und des Entwurfs [77]. Der Entwurf ist vorzuziehen, weil derselbe die schon an anderen Orten mit Strafe bedrohten Thatsachen, z. B. bei der unrechtmässigen Verhaftung und dem Kinderraub, nicht nochmals auch an dieser Stelle mit Strafe bedroht.

Die Maximal-Strafe wider jeden, welcher einen Anderen mit der Publizirung einer wider denselben gerichteten lästerlichen Schrift in der Absicht bedroht, sich einer Erpressung schuldig zu machen, beträgt jetzt drei Jahre Gefängniss mit harter Arbeit. Der Entwurf ändert dies in fünf Jahre Zwangsarbeit [78], und die Skizze lässt die Wahl zwischen zwei

---

[76]) Section 221.

[77]) Lewis p. 295.

[78]) Section 241.

Maximal-Strafen, nämlich vierzehn Jahren Zwangsarbeit und zwei Jahren Gefängniss[79]).

Das Verbrechen des Diebstahls und die mit demselben verwandten Verbrechen wider das Vermögen erheischen eine etwas ausführlichere Behandlung. Sonst würde die Kürze der Klarheit schaden. Ein Gesetz der Königin Victoria[80]) stellt den Diebstahl und die Unterschlagung gleich und bestimmt, dass derjenige, welcher wegen Diebstahls verfolgt wird, wegen Unterschlagung verurtheilt werden könne und umgekehrt; wohl könne auch der wegen betrüglicher Aneignung fremder Sachen Angeklagte wegen Diebstahls verurtheilt werden, nicht aber umgekehrt. Es liegt auf der Hand, wie verwirrend solche Bestimmungen wirken müssen. Das heutige Recht enthält eine ganze Menge Bestimmungen und Ausnahmen betreffs der Frage, welche Gegenstände das Objekt eines Diebstahls sein können. Infolge der Regel des common-law können lebendige wilde Thiere nicht gestohlen werden. Infolge der Ausnahme des statute-law können Hirsche, Hasen und Kaninchen wohl gestohlen werden[81]). Nach der Regel des common-law können Hausthiere nicht gestohlen werden, ebensowenig wilde Thiere, welche wie Bären und Affen, zum Vergnügen gefangen gehalten werden, denn dieselben seien nicht werth, dass ein Mensch um ihrethalben sterben sollte, ausser wenn es Habichte sind, welche benutzt werden, um das Leben von Fürsten und Edlen angenehm zu machen; Thiere eines niedrigeren Charakters können nicht gestohlen werden. Nach der Ausnahme des statute-law, welcher die Regel des common-law fast wirkungslos macht, können Hunde, alle Hausthiere und alle Thiere, welche gewöhnlich ihr Leben in Gefangenschaft verbringen, gestohlen werden[82]). Hierdurch

---

[79]) Lewis p. 334, 335 u. 336.

[80]) 24 u. 25. Vict. c. 96 s. 68, 70, 72 u. 88.

[81]) 9, Geo. 4 c. 69, 1 u. 2, Will. 4 c. 32 u. 24 u. 25, Vict. c. 96 s. 11—17.

[82]) 24 u. 25, Vict. c. 96 s. 18—22.

ist aber nicht entschieden, ob man auch Frette und Ratten stehlen kann. Der Regel des common-law zufolge kann ein Gegenstand, über dessen Eigenthum ein Process geführt wird, nicht gestohlen werden. Dem statute-law zufolge ist ferner jeder, der ein Werthobjekt stiehlt, welches zur Sicherung einer Forderung dient, desselben Verbrechens schuldig, wie derjenige, welcher das Objekt stiehlt, zu dessen Sicherung dasselbe diente, ausser wenn es ein schriftlicher Rechtstitel ist, welcher sich auf Ländereien bezieht[83]). Das common-law ist hierin sehr verwirrt; sein System lässt sich wie folgt zusammenfassen: Gesetzlich ist es unmöglich, den Beweis eines Rechtes zu stehlen, obschon dies thatsächlich sehr wohl möglich ist. Dies ist gesetzlich unmöglich, weil es thatsächlich unmöglich ist, das Recht selbst zu stehlen. Die Ausnahme des statute-law lässt die Regel des common-law in Kraft. In Folge davon ergingen Entscheidungen, dass ein ungesiegelter Brief keineswegs, ein Lombardzettel und Eisenbahnbillet dagegen sehr wohl gestohlen werden könne. Nach der Ausnahme des statute-law können endlich schriftliche sich auf Ländereien beziehende Rechtstitel, alles, was erd- oder nagelfest ist, alle Mineralien, alle Bäume, Gemüse, Sträucher u. s. w., ausser wenn die Sträucher u. s. w. weniger als einen Schilling werth sind, Gegenstand des Diebstahls sein[84]). Aus der Vergleichung zwischen dem common- und statute-law erhellt klar, dass die meisten Regeln des ersten von den Ausnahmen des letzten aufgehoben sind. Das common-law betrachtet auch als Diebstahl die Zueignung eines Faustpfandes, mit einer Beschränkung, welche von dem statute-law aufgehoben wird[85]).

Nach dem geltenden Rechte macht sich des Diebstahls schuldig, wer sich gefundene Sachen aneignet, wenn er im Augenblicke der Zueignung die Absicht hatte, dieselben für

[83]) 24 u. 25, Vict. c. 96 s. 27.

[84]) 24 u. 25, Vict. c. 96 s. 28, 31, 32—38.

[85]) 24 u. 25, Vict. c. 96 s. 3. Vergl. Stephen, Introduction p. XXXIX u. flg. u. p. 201 u. flg.

sich zu behalten, obwohl er wusste, wer der Eigenthümer sei, oder obwohl er mit Grund glauben konnte, dass derselbe ausfindig zu machen sei. Das heutige Recht nimmt Unterschlagung an, wenn Schreiber oder Bedienten sich ihren Herren gehörige Sachen aneignen. Raub wird nach dem jetzigen Rechte angenommen in den Fällen, in welchen Gewalt wider die Person das Mittel ist, um fremdes Gut zu erwerben; Erpressung liegt vor, wenn man Jemanden durch Zwang, Drohung oder Gewalt zu einer Rechtshandlung nöthigt.

Die vom Entwurfe empfohlenen Aenderungen lassen sich folgendermassen kurz zusammenfassen. Alles, was das Gesetz jetzt über Gegenstände, welche nicht gestohlen werden können, bestimmt, wird aufgehoben. Es kann Alles gestohlen werden mit Ausnahme dessen, was aus dem Boden wächst und einen Werth hat von weniger als einem Schilling, nebst Wild und anderen wilden Thieren [86]. Arglistige Hinwegnahme aus dem Besitze wird beim Diebstahl nicht gefordert, aber jede gesetzwidrige und betrügerische Verfügung über fremde Sachen soll als Diebstahl betrachtet werden [87]. Die Folge hiervon wird sein, dass viele Fälle, von denen in den von mir angeführten Gesetzen von 1861 gehandelt wurde, jetzt von der vom Entwurfe empfohlenen Definition des Diebstahls umfasst werden.

Wenn Gatten von einander getrennt wohnen, kann der Eine das rechtmässige Eigenthum des Andern stehlen. Wer dem einen Gatten in der Hinwegnahme der dem anderen rechtmässig zugehörenden Sachen behilflich ist, macht sich des Diebstahls schuldig [88]. Diebstahl in Bahnhöfen und Eisenbahnwagen wird dem Diebstahle aus Schiffen oder Docken gleichgestellt [89]. Diebstahl mittelst falscher Schlüssel oder mittelst Brecheisen wird mit einer besonderen Strafe d. h. einem

---

[86]) Section 244 u. 245.

[87]) Section 246.

[88]) Section 253.

[89]) Section 263.

Maximum von vierzehn Jahren Zwangsarbeit bedroht[90]). Der Entwurf schafft ein neues Verbrechen, indem derselbe eine Strafe Jedem androht, welcher in England und Irland Sachen einführt, welche er sich anderswo durch Handlungen verschafft hat, die nach der Englischen und Irischen Gesetzgebung einen Diebstahl darstellen würden[91]). Raub und Erpressung werden wie bisher unterschieden. Wenn bei der Erpressung die Bedrohung mit einer falschen Anschuldigung als Mittel benutzt wurde, wird dieselbe im Allgemeinen mit Strafe bedroht[92]), was jetzt bei einzelnen speziell genannten Verbrechen bloss der Fall ist. Das Maass der Strafe würde nach dem Verbrechen, mit dessen Anschuldigung man gedroht hat, bestimmt. Nach einem Gesetze der Königin Victoria[93]) ist derjenige strafbar, der sich bei nächtlicher Weile im Besitz von Brecheisen befindet; der Entwurf will dies auch dann strafen, wenn es am Tage geschieht[94]). Nicht nur das in Empfang nehmen gestohlener, sondern auch aller durch ein Verbrechen erworbener Sachen soll strafbar sein[95]). Die Skizze subsumirt unter den Diebstahl die Unterschlagung und den Betrug, ohne eine bestimmte Definition vom Diebstahl zu geben[96]), sie erklärt für strafbar das in Empfang nehmen durch Verbrechen erworbener Sachen, sowie die Annahme eines Lohns unter der Simulation, als wolle man Jemanden in der Zurückbeschaffung seines Gutes behilflich sein[97]). Die Erpressung wird von der Skizze als Raub qualifizirt und der Raub als Wegnahme mit Gewalt[98]).

---

[90]) Section 264.

[91]) Section 269.

[92]) Section 296.

[93]) 24 u. 25, Vict. c. 96, 158.

[94]) Section 306 u. 307.

[95]) Section 309.

[96]) Lewis p. 376 u. flg.

[97]) Lewis p. 383 u. 384.

[98]) Lewis p. 334—337.

Die von mir über den Diebstahl und die mit demselben verwandten Verbrechen mitgetheilten Bestimmungen führen mich zu den nachstehenden Bemerkungen, deren Richtigkeit kaum in Zweifel gezogen werden kann. Das Englische Recht anerkennt die richtigen, logischen Grenzen zwischen dem Diebstahl, der Unterschlagung, dem Betrug, der Erpressung und dem Raube. Allmählig offenbart sich aber die Tendenz, die Grenzen zwischen den drei erstgenannten Verbrechen zu verwischen. Dieser Irrweg wurde schon von der oben erwähnten Gesetzgebung des Jahres 1861 unter der Regierung der Königin Victoria, eingeschlagen. Dieser irrigen Spur folgten der Entwurf und die Skizze und die letztgenannte stellt selbst den Raub ohne Gewalt dem Raube mit Gewalt gegenüber und verwischt hierdurch nicht nur die Grenzen zwischen der Erpressung und dem Raube, sondern verkennt auch den richtigen Begriff des Raubes. Der Entwurf und die Skizze waren bestrebt, den Schwierigkeiten, welche sich in der Praxis gezeigt hatten, vorzubeugen, aber der Beweis ist nicht geliefert worden, dass dieselben hiedurch vermieden werden. Könnte dieser Beweis auch geliefert werden, was ich indessen bestreite, so würde dies doch nie zur Aufstellung derartiger irriger Rechtsanschauungen berechtigen können. Nicht nur die Gesetzgebung von 1861, sondern auch der Entwurf und die Skizze kehren auf diesem Punkte zu den veralteten römischen Rechtsanschauungen zurück und verlassen den historischen, einzig richtigen, vom germanischen Rechte angewiesenen Weg. Dies ist allerdings staunenswerth, wenn man bedenkt, wie fest die Engländer am Bestehenden haften.

Die verwirrten Bestimmungen des common-law, die Fälschung betreffend, machten schon lange die Nothwendigkeit eines neuen Gesetzes über diese Materie fühlbar. Diesem Bedürfnisse leistete das Gesetz von 1861 Genüge[99]). Der Entwurf geht von den nämlichen Prinzipien wie jenes Gesetz

---

[99]) 24 u. 25, Vict. c. 98.

aus, nur zählt er noch mehr Fälle auf[100]). Die Skizze huldigt zwar auch denselben Prinzipien, aber sie beschränkt doch die Zahl der vom Gesetze aufgezählten Fälle[101]). Neu sind die Bestimmungen des Entwurfs, welche sich auf Fälschung in Kontrakten und Telegrammen beziehen[102]). Diese Verbrechen sind aber nach der Skizze auch ohne ausdrückliche Erwähnung strafbar, denn sie werden umfasst von der in der Skizze gegebenen Definition.

Der Entwurf und die Skizze ändern einigermassen die jetzt geltenden Bestimmungen über die die Fälschung vorbereitenden Handlungen; hierbei ist nur zu erwähnen, dass der Entwurf in jenen Fällen das Maximum der Strafe auf vierzehn Jahre Zwangsarbeit bestimmt, während die Skizze zwischen diesem Maximum und einer zweijährigen Gefängnissstrafe als Maximum die Wahl lässt, während das heutige Gesetz drei verschiedene Maxima androht[103]). Ich bin weder mit dem Standpunkte des heutigen Rechts noch mit dem des Entwurfs und der Skizze an diesem Punkte einverstanden; dieselben unterscheiden irrigerweise die Fälschung und die dieselbe vorbereitenden Handlungen, weil bei der Fälschung die Strafbarkeit so weit vorausgeschoben wird, dass die vorbereitenden Handlungen schon das Verbrechen selbst darstellen, wesshalb bei demselben vom Versuche die Rede nicht sein kann. Dieselben subsumiren ausserdem unter die Fälschung andere Verbrechen, namentlich die Unwahrheit und die Verfälschung, welche davon logisch unterschieden werden müssen, obwohl sie mit derselben verwandt sind. Hierzu gehören zum Beispiel unwahre Erklärungen und Einschaltungen in echten Schriften, das unlesbar machen eines Theils solcher Schriften und dergleichen, der Missbrauch einer Blanko-Vollmacht.

---

[100]) Section 313 u. flg.

[101]) Lewis p. 346 u. flg.

[102]) Section 331 u. 335

[103]) Section 342 u. flg., Lewis p. 257 u. flg., 24 u. 25, Vict. c. 98 s. 9, 10, 14 u. 16.

Schliesslich ist zu bemerken, dass diese Bestimmungen viel zu ausführlich sind; man könnte dieselben bedeutend abkürzen, wenn man die Fälschung und die mit derselben verwandten Verbrechen richtig definirt hätte.

In Bezug auf die Münzverbrechen stehen der Entwurf und die Skizze auf dem nämlichen Standpunkte. Das Nachmachen der Münze wird vom Entwurfe, welcher in so fern das bestehende Recht abändert, so definirt, dass darunter auch die Abfeilung der Münze und die behufs Verbergung der Abfeilung erfolgende Neustempelung fällt[104]). Die Definition der Skizze lautet so allgemein, dass dieselbe auch dieses Verbrechen umfasst[105]). Zwei neue Verbrechen schafft der Entwurf, indem er mit Strafe bedroht die Bereitung einer Metallart, um mit derselben verfälschtes Gold oder Silber oder fremde Münzen anzufertigen[106]). Die Skizze geht noch etwas weiter, indem dieselbe eine noch umfassendere Definition giebt[107]).

Das Abschneiden oder Zerstören von Hopfpflanzen wird vom Entwurfe milder, als vom heutigen Rechte bestraft. Die Strafe sinkt von vierzehn bis zu sieben Jahren Zwangsarbeit als Maximal-Strafe[108]). Die Skizze erwähnt dieses Verbrechen nicht ausdrücklich, droht aber verschiedene Strafen an wider die Beschädigung fremder Sachen je nach dem Werthe des beschädigten Objects, sie erklärt die Beschädigung aber für straflos, falls der Werth der beschädigten Sache weniger als zwanzig Pfund Sterling beträgt[109]). Das Abschneiden oder Zerstören von Hopfpflanzen wird also nach der Skizze nur strafbar sein, wenn der Werth der beschädigten Hopfpflanzen zwanzig Pfund Sterling oder mehr beträgt. Das

[104]) Section 362.

[105]) Lewis p. 371.

[106]) Section 367 u. 371.

[107]) Lewis p. 373.

[108]) Section 400.

[109]) Lewis p. 329 u. 330.

jetzt geltende Gesetz [110]) zählt ausserdem noch verschiedene Arten der Sachbeschädigung und Zerstörung auf; der Entwurf hat Unrecht, indem derselbe diesem Beispiele folgt, die Skizze dagegen Recht, indem dieselbe nur eine allgemeine Regel giebt. Zu missbilligen ist es aber, dass die Skizze die Strafe nach dem Werthe des beschädigten oder zerstörten Gegenstandes bestimmt, und dass sie Straflosigkeit zusichert, wenn der Werth unterhalb zwanzig Pfund Sterling beträgt. Die Skizze hätte keinenfalls die Strafbarkeit ausschliessen und das Maass der Strafe nach dem Betragen des zugefügten Schadens bestimmen sollen; hier hätte Alles dem Urtheile des Richters anheim gestellt bleiben, und wider alle diese Verbrechen nur eine Maximal-Strafe angedroht werden müssen; dem Systeme der Skizze zufolge hätte auch die Wahl zwischen zwei Maxima gelassen werden sollen. Die Beschädigung von Zollschlagbäumen wird mit einem Maximum von sechs Monaten Gefängniss bestraft; der Entwurf bestimmt in diesem Falle zwei Jahre, die Skizze ein Jahr.

Der Entwurf bestraft auch die nicht ausdrücklich in demselben genannten Drohungen, Verschwörungen und die Versuche, Verbrechen zu begehen, welche jetzt grossentheils Vergehen sind, nach dem common-law mit Busse und Gefängniss. Der Entwurf will die Strafe mit dem Verbrechen mehr in Einklang bringen [111]). Die Skizze lässt dieselben straflos, falls sie nicht anderswo unter Strafe gestellt sind, und sie geht meines Erachtens hierin den richtigen Weg.

Und jetzt bin ich am Ende meiner Betrachtungen, welche hoffentlich nicht ganz werthlos sein werden und wenigstens die Aufmerksamkeit wieder auf das wichtige Englische Strafrecht gelenkt haben.

Gröningen den 15. September 1879.

---

[110]) 24 u. 25, Vict. c. 97.

[111]) Section 415 u. flg.

X.

Die alternative Obligation im Römischen und im modernen Rechte.

Rechtsvergleichende Parallele.

Von

Dr. C. **Bernstein**, Privatdocent an der Universität Berlin.

Einleitung.

Mit dem Römischen Recht haben wir auch Streit und Hader der Römischen Juristen übernommen. Ist es uns durch achthundertjährige Arbeit gelungen, die alten Kämpfe beizulegen? Nur zu wenig. Fast überall auf dem Gebiete des Römischen Rechts sind wir vom ewigen Frieden wohl ebenso entfernt, wie zur Zeit unserer grossen Vorgänger: Papinian, Paulus, Ulpian.

In der stillen und entlegenen Lehre von der Alternativ-Obligation bewegt und theilt uns noch die alte Controverse, ob hier beide Gegenstände der Alternative Objecte der Obligation sind, oder bloss derjenige Gegenstand, der durch Wahl oder eine gleichwerthige Thatsache dazu gemacht wird.

Einen Versuch der Friedensstiftung hat Schreiber dieser Zeilen im vergangenen Jahre gemacht in der kleinen Schrift:

„Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abtheilung I. Der alternative Wille und die alternative Obligation. Berlin. Puttkammer und Mühlbrecht. 1878."

Es sei mir gestattet, einige Sätze und zwar Fragestellung und Antwort aus dieser Schrift hier vorauszuschicken.

„Das oberste Princip eines Rechtsinstituts ist vor allen „Dingen dazu bestimmt, die Zwecke dieses Rechtsinstituts zur „Verwirklichung zu bringen: es ist nur der erste Diener des-„selben. Das sogenannte herrschende Princip ist in der Regel „nicht eine von vornherein gegebene unabwendbare Nothwen-„digkeit, die ihre Consequenzen unerbittlich zur Geltung bringt: „in der Regel wird um der eventuellen Consequenzen willen „das eine oder andere Princip zur Herrschaft berufen (p. 2).

„Was ist nun das eigentliche treibende Motiv der zwei „Haupttheorieen, die sich auf dem Gebiete der alternativen „Obligation die Herrschaft streitig machen? (p. 2.)

„Die alternative Obligation schafft einen Zustand der „Ungewissheit, einen Zustand der Schwebe (p. 2). Bis die „Wahl oder eine äquivalente Thatsache das Leistungsobject „bestimmt, erscheint daher die alternative Obligation object-„los . . . (p. 3.)

„Der leere Zwischenraum von der Begründung der Obli-„gation bis zur Wahl musste daher ausgefüllt werden. Dies „geschah durch die Theorie, wonach beide Gegenstände in „obligatione sind. Diese Theorie that aber des Guten zu viel. „Die alternative Obligation brauchte nur ein Object, diese „Theorie gab ihr deren zwei. Von dem Augenblick der „Wahl an musste das überschüssige Object abgestossen werden, „und zwar so, wie wenn es nie geschuldet gewesen wäre — „sonst wäre eine unzulässige obligatio ad tempus entstanden. „Das geschieht auch bei den Römischen Vertretern dieser „Theorie. So ist denn nach dieser Theorie ungewiss, nicht „welcher Gegenstand Object der Obligation wird, sondern „welcher Object der Obligation bleibt. Die Ungewissheit ist

„nicht eine suspensive, sondern eine resolutive. Wir werden „diese Theorie daher die resolutive Pendenztheorie nennen.

„Was diese Theorie zu erreichen sucht, indem sie beide „Gegenstände der Alternative zu Objecten der alternativen „Obligation macht, das hofft die entgegengesetzte Theorie zu „bewirken, indem sie die Retrotraction zu Hilfe nimmt. Sie „erkennt an, dass vorerst weder der eine noch der andere „Gegenstand der Alternative in obligatione ist. Von dem „Augenblicke an aber, wo die alternative Obligation durch „Wahl oder ein anderes Ereigniss auf ein Object concentrirt „wird, soll es so gehalten werden, wie wenn dies Object von „Haus aus Object der alternativen Obligation gewesen wäre. „Diese Theorie ist die suspensive Pendenztheorie (pp. 3. u. 4).

„Es fragt sich nun, welche von den beiden Theorieen „die juristische Natur und die ökonomischen Zwecke der „alternativen Obligation am besten verwirklichen hilft und „den allgemeinen Rechtsgrundsätzen am besten entspricht? „und ob sie überhaupt beide es thun? (p. 6.)

„Wo ist aber das Criterium für die Prüfung der zwei „einander gegenüberstehenden Theorieen? Was ist vor allen „Dingen der ökonomische Zweck der Alternative in der Römi-„schen alternativen Obligation?

„Es ist der Ersatzzweck . . . (p. 8).

„Die Alternative hat in gewissem Sinne einen Versiche-„rungscharakter, die gegenseitige Ersetzbarkeit der Objecte „ist das Versicherungsinteresse . . . (p. 8).

„Dieser Ersatzzweck ist es, dem die eigenthümliche „juristische Bildung der alternativen Obligation dient: die „alternative Ungewissheit des Obligationsinhalts, die das „juristisch bezeichnende Merkmal dieser Obligation ist, ge-„fährdet den Gläubiger nicht, denn es soll ja bloss ungewiss „sein, was geschuldet wird, nicht ob geschuldet wird (p. 10).

„Welcher Theorie werden wir nun den Vorzug geben? „Die Theorie der Unbestimmtheit des Objects (p. 90), die „suspensive Pendenztheorie, wie wir sie genannt haben, ist

„unzweifelhaft diejenige, die der Natur des alternativen Wil-
„lens, der Alternativität am besten entspricht (p. 90).

„Unserer Ansicht nach ist die Theorie, die das Object „der alternativen Obligation als unbestimmt anerkennt, wohl „im Stande, jeden begründeten Rechtszweck in ihrem Herr- „schaftsbereich zur Verwirklichung zu bringen. Es bedarf „hierzu nicht mal der Zuhilfenahme der Retrotraction. Nur „eins ist erforderlich: eine tiefere Erkenntniss der juristischen „Natur und Bedeutung des Schwebezustandes (pp. 41 u. 92).

„Was ist aber der wahre Grund dieses Zustandes der „Schwebe? (p. 92.)

„Auf den Partheiwillen müssen wir zurückgehen .... „Der Wille aber, welcher der Obligation ihren alternativen „Inhalt gegeben hat, ist ein alternativer Wille; ein Wille „weniger bestimmt, doch nicht weniger entschieden als ein „einfacher Wille, ein Wille, dem mehrere Erfolge gleich will- „kommen sind, der aber auch schon in einem und nur in „einem seine Verwirklichung findet und finden muss.

„Daher in der alternativen Obligation jener Zustand un- „gewissen Schwankens zwischen verschiedenen Objecten;

„daher auch die Nothwendigkeit der Entscheidung, die „unausbleibliche Lösung der Ungewissheit;

„daher die Möglichkeit der Entscheidung auch durch andere „Thatsachen als durch Wahl (p. 93).

„Der alternative Wille, die Alternative, schafft eine gleich- „mässige Ungewissheit zweier entgegengesetzter Rechtsver- „hältnisse. Diese Ungewissheit ist's, wie wir gesehen, die mit „der Verantwortlichkeit des Schuldners die Sicherheit der „Obligation selbst zu gefährden schien und die jene Con- „struction erzeugte, die die suspensive Alternative durch die „resolutive zu ersetzen suchte; es sollte ungewiss sein, nicht „was Object der Obligation wird, sondern was Object der „Obligation bleibt; daher auch so viele Glieder der Alternative, „so viele bestimmte Objecte der Obligation (p. 95).

„Kann denn, wenn wir den Inhalt der alternativen Obli-

„gation einmal für unbestimmt erklärt haben, nur die Rück-
„wirkung und diese allein dem eventuellen Obligationsinhalt
„durch die Periode der Ungewissheit hindurch ein sicheres
„Geleite geben? Die Rückwirkung ist hier ebenso wenig
„logisch nothwendig, wie auf dem Gebiete der Bedingung (p. 97).

„Ist die Rückwirkung juristisch nothwendig? ist sie auch
„nur ausreichend für die Zwecke, denen sie dienen soll? (p. 97).

„Die Gebundenheit des Partheiwillens reicht hier ebenso
„zu Sicherung des imperfecten Rechtsverhältnisses aus, wie
„auf dem Gebiete der Bedingung, wie in so vielen andern
„Fällen, wo ein noch nicht perfectes, vielleicht kaum in den An-
„fängen vorhandenes, aber in Aussicht stehendes Rechtsverhält-
„niss des Rechtsschutzes im voraus theilhaftig werden soll" (p. 95).

II.

Es ist indess nicht dieser Gegensatz allein, der in der modernen Jurisprudenz und in den modernen Rechtssystemen sich fortsetzt.

Die moderne europäische Rechtsarbeit hat manchen Gedanken des Römischen Rechts berichtigt, manchen Gedanken erst zur vollen Entwickelung gebracht. Sie hat aber noch mehr gethan: sie hat neue Rechtsgedanken erzeugt, die dem Römischen Bewusstsein fremd waren. Und so sind zu den aus dem Römischen Rechte ererbten Gegensätzen, Gegensätze und Controversen jüngern Datums hinzugekommen.

III.

Der gegenwärtigen, vergleichenden Betrachtung liegen ausser dem gemeinen Rechte zu Grunde

das Preussische Landrecht,
das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch,
der Code civil — wo von diesem die Rede ist, kann man unbedenklich die demselben nachgebildeten Gesetzbücher subintelligiren.

Dazu von neueren legislativen Arbeiten

das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen,

das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht,
der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Königreich Baiern.

Vom Römischen Recht ausgehend, werden wir in eingehender, wenn auch nicht zu detaillirter Casuistik die einzelnen Bestimmungen der verschiedenen Rechtssysteme gegen einander halten.

Eine solche Einzelnconfrontation — sie darf nicht etwa mit einer statistischen Zusammenstellung verwechselt werden, — hat nicht bloss rechtspolitischen Werth: sie allein kann uns die Möglichkeit geben, am Schluss in kurzem Resumé die tiefinnersten Gegensätze der Rechtssysteme zum Ausdruck zu bringen.

Auch in unserem kleinen Gebiete wird sich die alte Wahrheit bewähren, dass die verschiedenen europäischen Völker nur Mitglieder einer grossen Arbeitsgenossenschaft sind, dass ihre Rechtsarbeit sich gegenseitig ergänzt.

Die Rechtsvergleichung führt nicht selten zur Rechtsausgleichung. Die scheinbar hadernden Lehren, in ihren tiefern Gründen erkannt, reichen einander die Hand zum friedlichen Zusammenwirken.

In einer Reihe von Abschnitten sollen wir nun von der Person des Wahlberechtigten — von dem jus variandi — der Persönlichkeit des Wahlrechts — den objectiven Voraussetzungen der Wahl — dem Einfluss von Casus, Culpa, Mora und Irrthum — handeln, und zuletzt in einem Schlussworte die Resultate unserer Vergleichung kurz zusammenfassen.

Person des Wahlberechtigten.

Wem gehört die Wahl?

Fassen wir vor allen Dingen unter I die Geschäfte inter vivos ins Auge.

Haben die Partheien keine Bestimmung darüber getroffen, so gehört, nach Römischem Recht, die Wahl dem Schuldner.

Soll der Gläubiger die Wahl haben, so muss sie demselben ausdrücklich eingeräumt worden sein.

Der Grundsatz scheint auf dem Gebiete der alternativen Stipulation entstanden zu sein. Auf Grund der Regel in dubio pro reo wurde die Lücke in der Stipulation ausgefüllt, die Wahl dem Schuldner zuerkannt. Die wirkliche Absicht der Partheien aus der Gesammtheit der Umstände des concreten Falls zu gewinnen, verbot die streng formelle Natur des Rechtsgeschäfts.

Der auf dem Gebiete der Stipulation entstandene Grundsatz wurde später auf die übrigen Rechtsgeschäfte inter vivos namentlich die negotia bonae fidei, ausgedehnt.

Vgl. l. 10 §. 6 de J. D. 23.3.
l. 34 §. 6 de contr. empt. 18.1.

Durfte dies so ohne weiteres geschehen? Musste man nicht hier vor allen Dingen aus der Gesammtheit der Umstände den wirklichen Willen der Partheien zu erkennen suchen? Musste man nicht die Wahl dem Schuldner bloss im Zweifel zusprechen? dem Gläubiger aber auch dann, wenn aus den Umständen sich ergab, dass die Wahl im Interesse des Gläubigers gemeint war?

Merkwürdig genug — so lebendig sonst den Römern der Gegensatz der negotia bonae fidei und negotia stricti juris ist — sie haben keinen Augenblick Bedenken getragen, den Grundsatz des Stipulationenrechts auf die negotia bonae fidei zu übertragen.

Das Wahlrecht des Schuldners ist in alle modernen Rechtssysteme übergegangen.

Ist wenigstens das moderne gemeine Recht, in welchem alle Verträge principiell als negotia bonae fidei behandelt werden sollen, sich der Unanwendbarkeit der strengen Stipulationsgrundsätze bewusst geworden? Leider pflegen die heutigen Darstellungen des gemeinen Rechts die Römischen Grundsätze unverändert zu wiederholen.

Vgl. Arndts, Lehrbuch der Pandekten §. 203.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 4. Aufl. Bd. II. §. 255.

Und dasselbe finden wir auch im Code Napoléon und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Code civil A. 1190.

Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier.

Bürg. Gesb. f. d. Königr. Sachsen.

§. 697. Ist der Verpflichtete verbunden von mehreren Gegenständen den einen oder den andern zu leisten, so steht ihm unter denselben die Wahl zu.

§. 698. Vermöge besonderer Bestimmung kann dem Berechtigten . . . . die Wahl zustehen.

Der freiere, der Natur der Bonaefideiverträge entsprechende Grundsatz ist zum Ausdruck gelangt in dem Gesetzbuch der Russischen Ostseeprovinzen und in dem Bayerischen Entwurf.

Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht.

Art. 2926. Besteht der Gegenstand der Forderung in einer nicht vertretbaren Sache, die nur der Gattung nach bestimmt ist, so steht im Zweifel dem Schuldner die Bestimmung des zu leistenden Gegenstandes zu . . . . Dasselbe ist der Fall, wenn es sich um eine alternative Forderung handelt.

Bayerischer Entwurf Art. 250. Bei der Wahlverbindlichkeit steht im Zweifel das Wahlrecht dem Schuldner zu.

Dem Gläubiger gebührt das Wahlrecht nur dann, wenn es ihm ausdrücklich eingeräumt ist, oder wenn aus den Umständen hervorgeht, dass dasselbe lediglich in seinem Interesse festgesetzt worden sei.

Diese letztere Formulirung ist es, die wir jeder neuern legislativen Arbeit empfehlen möchten.

Auch das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch und das Preussische Landrecht geben dem Schuldner die Wahl.

Das Oessterreichische Bürgerliche Gesetzbuch erklärt in

> §. 906. Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden, so hat der Verpflichtete die Wahl.

Der Commentar von Kirchstetter — neueste Ausgabe besorgt von Ferdinand Maitisch — Leipzig und Wien 1876 — bemerkt dazu:

„Kann eine Verbindlichkeit auf mehrere Arten erfüllt werden, so hat, ausser dem Falle einer besondern entgegengesetzten Verabredung, der Schuldner die Wahl.

Das Preussische Landrecht bestimmt

> I, 5 §. 274. Ist nur eine aus mehreren bestimmten Sachen versprochen worden, so hat in der Regel der Verpflichtete die Wahl.

Wie der neueste Bearbeiter des Preussischen Privatrechts — Herr Professor Dernburg — annimmt, ist der Sinn der angeführten Stelle der, dass nur im Zweifel die Wahl dem Schuldner gehört.

Vgl. Dernburg, Lehrbuch d. Preuss. Privatrechts Bd. II §. 29.

Von der Regel, dass im Zweifel die Wahl dem Schuldner gehört, stellt indess das Preussische Landrecht zwei Ausnahmen auf, von denen die eine noch jetzt practisches Recht ist: beim Kauf gebührt im Zweifel die Wahl dem Käufer.

> Preussisches Landrecht I, 5 §. 38. Ist aus dem Vertrage nicht zu ersehen, ob der Käufer oder Verkäufer die Wahl haben solle, so kommt dieselbe dem Käufer zu.

Was war das Motiv dieser Bestimmung? Wohl der Gedanke, dass das Kaufobject in der Regel bestimmt ist, ein individuelles Bedürfniss des Käufers zu befriedigen.

Vgl. Bornemann, Darstellung des Preussischen Civilrechts Bd. II §. 183.

Ob das Preussische Landrecht hiemit dem Zweck des

Kaufgeschäfts wirklich gerecht wird? Wenn überhaupt, doch wohl nur so weit als nicht ein Handelsgeschäft vorliegt.

Aus der angeführten Bestimmung liesse sich daher vielleicht — de lege ferenda — folgender Gedanke gewinnen:

Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, in welchem irgend welche Güter alternativ gegen Geld eingetauscht werden sollen, so ist zu unterscheiden: ist es ein Handelsgeschäft, so wählt derjenige, der die Waare zu leisten sich verpflichtet hat, ist es kein Handelsgeschäft, so gehört die Wahl dem Erwerber der Waare.

Werfen wir am Schluss dieser Betrachtung einen Blick zurück, so zerfallen, in der hier uns beschäftigenden Frage, die modernen Rechtssysteme in zwei Klassen:

in solche, die noch auf dem Standpunkte der alten Stipulationslehre stehen,

und in solche, die den Grundgedanken der negotia bonae fidei zur Geltung gebracht haben.

II. Gehen wir jetzt zu den Geschäften von todeswegen über.

Das ältere Römische Recht unterschied die verschiedenen Arten von alternativen Legaten.

Beim legatum per vindicationem — und wahrscheinlich ebenso beim legatum per praeceptionem und demjenigen sinendi modo — gebührt die Wahl dem Legatar; bei dem legatum per damnationem dem Erben.

Warum ist die Wahl nicht allgemein dem Erben — oder allgemein dem Legatar überlassen? Warum gerade bei diesen Legaten dem Legatar, bei den andern dem Erben, und nicht umgekehrt?

Bei dem legatum per praeceptionem und dem legatum sinendi modo lag wohl schon in den althergebrachten Formeln eine Ueberlassung der Wahl an den Vermächtnissnehmer.

Welche Erwägungen mögen aber die Römer bestimmt haben bei dem legatum per vindicationem die Wahl dem Legatar, bei dem legatum per damnationem dieselbe dem Erben zu geben?

Das legatum per vindicationem gewährt dem Legatar nur eine rei vindicatio, eine Klage, die nicht alternativ angestellt werden kann, deren Anstellung also die geschehene Wahl voraussetzt; eine persönliche Klage gewährt sie ihm nicht. Hätte man das Wahlrecht dem Erben überlassen, so hätte der Legatar kein Mittel gehabt, den Erben zur Vornahme der Wahl zu zwingen. Waffenlos hätte er dem Erben gegenübergestanden, das Recht selbst hätte denn dem Erben eine Frist zur Wahl gesetzt und nach Verstrich derselben die Wahl auf den Gläubiger übertragen. Am einfachsten jedenfalls war es die Verwirklichung des Legats dadurch zu sichern, dass das Wahlrecht von vornherein dem Legatar überlassen wurde.

Beim legatum per damnationem mag die Analogie der obligatio entscheidend gewesen sein.

Im Justinianischen Recht waren die verschiedenen Arten von Legaten ausgeglichen und die Wahl allgemein dem Legatar überlassen: die Liberalität des Erblassers wird möglichst günstig gedeutet. Der Justinianische Grundsatz entspricht auch gewiss den Absichten des Erblassers am besten. Wer Jemand etwas hinterlässt, wird doch wohl die individuellen Wünsche und Bedürfnisse des Vermächtnissnehmers im Auge haben, und hat der Erblasser nicht bereits selber das Object des Vermächtnisses bestimmt, sondern die Bestimmung künftiger Wahl überlassen, so ist dies doch wohl nur darum geschehen, weil er dem Vermächtnissnehmer ein sichereres Urtheil über die Nützlichkeit der einen oder andern Gabe zutraut als sich selber.

Dem Erben gebührt nach Justinianischem Recht die Wahl nur dann, wann dies vom Erblasser ausdrücklich bestimmt ist.

Im Justinianischen Recht gilt daher eine andere Rechtsregel für die negotia inter vivos, eine andere für die negotia mortis causa.

Die meisten modernen Rechtssysteme haben sich in der Behandlung der alternativen Legate dem Römischen Rechte

gegenüber emancipirt. Sie geben auch hier die Wahl dem verpflichteten Theile, dem Erben. Entscheidendes Motiv war wohl die Vorliebe für allgemein durchgehende Grundsätze.

So im Preussischen Recht.

Allg. Landrecht I, 12. §. 388:

Hat der Testator eine aus mehreren Sachen dergestalt vermacht, dass nothwendig eine Wahl stattfinden muss, so gebührt diese Wahl dem Erben, insofern nicht aus der Fassung der Disposition klar erhellt, dass sie der Legatarius haben solle.

Vgl. dazu §§. 390 und 392.

So im Oesterreichischen Recht.

Allg. Bürg. Gesetzb. Art. 656.

So im Französischen Recht.

Arg. A. 1022 des code civil.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen stellt den Grundsatz nur als Interpretationsgrundsatz auf.

§. 2493. „Bei einem Vermächtnisse, welches wahlweise „auf mehrere Gegenstände geht, kommt im Zweifel dem Be„schwerten die Wahl zu."

Dagegen ganz auf dem Standpunkt des Justinianischen Rechts steht das Gesetzbuch der Ostseeprovinzen.

Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht. Art. 2246:

Die Wirkung eines solchen, dem Gegenstande nach individuell nicht bestimmten Vermächtnisses ist, dass wenn der Testator nicht etwa das Gegentheil bestimmt hat, dem Legatar oder dessen Erben die Wahl zusteht.

Wir hätten folgende Formulirung vorgezogen: Bei einem Vermächtnisse, welches alternativ auf mehrere Gegenstände geht, kommt im Zweifel dem Vermächtnissnehmer die Wahl zu.

III. Die Wahl kann mehreren Personen zustehen, ohne dass eine Correal-Obligation vorläge. Was findet statt, wenn die Wähler sich über die Wahl nicht einigen können?

Sind es die Schuldner, die sich nicht einigen können, so hat der Gläubiger nach Römischem Recht einfach einen jeden von ihnen auf Schadenersatz zu verklagen.

Sind es die Gläubiger, die in Bezug auf die Ausübung ihres gemeinsamen Wahlrechts zu keiner Uebereinstimmung gelangen können, so wird in früherer Zeit diese Uneinigkeit die Verwirklichung des Rechts selbst gehemmt haben, seit Justinian soll das Loos bestimmen, wer die Wahl zu treffen hat.

Das Loos bestimmt den Wähler, nicht das Object. Die Wahl wird somit im Sinne eines einzigen Interessenten getroffen.

Es ist daher nur billig, dass den Mitgläubigern nicht das Eigenthum am gewählten Object aufoctroyirt wird. Das Eigenthum an der geleisteten Sache gehört ganz dem Wähler, dieser muss aber seine Mitgläubiger pro rata entschädigen [1]).

Würde es sich nicht empfehlen, ein ähnliches Verfahren auch in dem Falle eintreten zu lassen, wo die Wahl einer Mehrheit von Schuldnern zusteht? also auch hier durch das Loos den Wähler zu bestimmen?

Das Loos ist nun allerdings unparteiisch, es ist aber blind; der vom Loos bestimmte Wähler hat offene Augen, ist aber Partei. Würde es sich nicht noch eher empfehlen, an Stelle des Looses einen billigen Drittmann oder den Richter selber zu setzen, in dessen Person Unparteilichkeit und offene Augen sich verbinden? Würde dann die Wahl nicht eher den Interessen der Mehrheit entsprechen, mag diese nun aus Gläubigern oder Schuldnern bestehen? Und würde dann nicht auch ein Miteigenthum der Mitgläubiger an der geleisteten Sache anzuerkennen sein?

Ausdehnung der Entscheidung durch das Loos, auch auf den Fall einer Mehrheit von Schuldnern, resp. Ersatz des Looses durch richterliche Wahl, das sind die Gedanken, denen die moderne Rechtsentwicklung zustrebt.

---

[1]) Vgl. l. 25 §. 17. fam. herc. 10, 2 u. l. 3 C. VI, 43.

Die Preussische Jurisprudenz scheint sich den Römischen Rechtsanschauungen anzuschliessen.

Koch, Landrecht, Theil I, tit. 12, §. 394.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen bestimmt in §. 2498:

„Können mehrere, welchen die Wahl zukommt, oder „mehrere Erben eines zur Wahl Berechtigten sich über die „Wahl nicht einigen, so entscheidet das Loos darüber, wer „von ihnen zu wählen hat."

Das Sächsische Gesetzbuch unterscheidet nicht zwischen Gläubiger und Schuldner.

Aehnlich lautet auch die Bestimmung des Liv-, Est- und Curländischen Privatrechts Art. 2252.

Die Französische Jurisprudenz schwankt zwischen Loos und richterlicher Entscheidung, einerlei, ob es sich um eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern handelt, doch neigt sie mehr nach der Seite der richterlichen Entscheidung hin:

„car aucun texte n'autoriserait chez nous la juridiction du hazard."

Dalloz s. v. obligations X, 1322. Toullier t. 6, Nr. 699. Demolombe cours Bd. 26, Nr. 45.

Dem Geiste des Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs würde es wohl entsprechen, wenn der Richter die Wahl träfe.

Vgl. Art. 659 u. dazu Kirchstätter, Commentar z. Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach Unger, Oesterreichisches Privatrecht III, p. 320, soll das Loos, ein Schiedsmann oder der Richter entscheiden.

IV. Die Wahl kann auch einem Dritten überlassen sein.

Das Vertrauen kann in diesem Falle ein höchst persönliches sein. Will oder kann der Dritte nicht wählen, so fällt die alternative Obligation wegen Unbestimmbarkeit des Objects

zusammen. Die Wahl durch den Dritten wird geradezu als Bedingung angesehen.

Es kann indess auch sein, dass man in der Wahl des Dritten nichts als die Unparteilichkeit der ausserhalb der Parteien stehenden Person suchte. Dann ist der Dritte nicht unersetzlich. Will oder kann er nicht wählen, so braucht die alternative Obligation nicht unterzugehen: ein neuer Drittmann tritt an die Stelle des früheren.

Wann aber wird das Eine, wann das Andere anzunehmen sein?

Bei den negotia stricti juris betrachteten die Römer die Wahl des Dritten als eine höchst persönliche.

L. 43, l. 44 de V. O. 45, 1.

Das Rechtsgeschäft musste streng buchstäblich interpretirt werden und so auch der in den Vertrag aufgenommene Name des Dritten.

Bei den negotia bonae fidei neigten sie sich eher dahin, die Wahl des Dritten als boni viri arbitrium anzusehen —

l. 22, §. 1 de R. J. 50, 17; l. 76, l. 78, l. 79 pro socio —

ein Gedanke, der übrigens nicht überall gleichmässig zum Durchbruch gekommen ist.

Im Falle eines Legats wird die Wahl des Dritten ganz entschieden als boni viri arbitrium gedeutet.

Was findet statt, wenn der Dritte nicht wählen kann oder will?

Hat der Erblasser die Wahl keiner der beiden Parteien, weder dem Erben noch dem Legatar überlassen wollen, so müsste auch das Recht für einen unparteiischen Ersatzmann des vom Erblasser ernannten Dritten sorgen, und gewiss würde das recht und billig erscheinen, wenn die Wahl dem Gericht überlassen würde. Merkwürdig genug bestimmt Justinian, dass, wenn der vom Erblasser ernannte Wähler innerhalb eines Jahres nicht wählen will oder kann, die Wahl dem

Legatar anheim falle. Er behandelt also diesen Fall so, wie wenn gar keine Bestimmung über die Wahl getroffen worden wäre, er giebt die Wahl demjenigen, dem sie in solchem Falle von Gesetzes wegen zusteht[2]).

L. 3, §. 1. C. Communia de legatis VI, 43.

Wie wird das moderne Recht sich aus diesen Ansätzen entwickeln? Wird bei den Geschäften inter vivos der Gedanke der obligationes stricti juris die Oberhand gewinnen oder derjenige der negotia bonae fidei? Und wird für das Legat — oder auch für die Geschäfte unter Lebenden — die Nothwendigkeit des Ersatzes des Drittmanns durch das Gericht zur Anerkennung gelangen?

1. Für die negotia inter vivos stellen sich
   das Preussische Landrecht, I, §. 72,
   das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Art. 698,
   das Gesetzbuch der Russischen Ostseeprovinzen, Art. 2925,
   der Hessische Entwurf, Art. 31 von den Verbindlichkeiten,

auf den Standpunkt des Römischen Rechts in Bezug auf die negotia stricti juris: die Wahl durch den Dritten gilt als Bedingung.

Einzig und allein der Bayerische Entwurf spricht den Satz aus, der unserer Ansicht nach dem modernen Rechtsbewusstsein adäquat ist. Art. 262:

„Steht ein Wahlrecht einem Dritten zu . . .

„Verweigert er die Wahl oder stirbt er, ehe er sie vor„genommen hat, so tritt an seine Stelle der Richter. War „jedoch die Wahl des Dritten als Bedingung der Verbind„lichkeit gesetzt, so wird diese in den bezeichneten Fällen „wirkungslos."

---

[2]) Darf dieser Grundsatz im Sinne des Justinianischen Rechts verallgemeinert und auch auf die negotia inter vivos ausgedehnt werden, wenn die Wahl des Dritten als arbitrium boni viri gedacht ist?

2. Handelt es sich um ein alternatives Legat, und der Dritte will und kann nicht wählen, so bestimmt das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch — und es ist das einzige, welches eine solche Bestimmung trifft —, dass dann das Gericht an die Stelle des Dritten tritt (Art. 659).

Denselben Rechtsgedanken vertritt übrigens auch der Hessische Entwurf (Art. 143 „vom letzten Willen").

Im Princip folgen dem Justinianischen Recht das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch (Art. 2497) und das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht (Art. 2250). Wählt der Dritte nicht, so wird der Fall so behandelt, wie wenn über die Wahl nichts bestimmt worden wäre. Im praktischen Resultat gehen aber diese beiden Gesetzbücher auseinander: nach dem Sächsischen Gesetzbuch wählt der Erbe, nach dem Gesetzbuch der Ostseeprovinzen der Legatar.

Ganz wunderlich ist die Stellung des Preussischen Landrechts in dieser Frage.

A. L. R. I, 12, §. 396.

Ist über die Wahl nichts bestimmt, so giebt das Preussische Landrecht die Wahl dem Erben. Ist die Wahl einem Dritten eingeräumt, und dieser will oder kann nicht wählen, so soll der Legatar die Wahl haben.

Klingt die Bestimmung auch genau so, wie die von Justinian, so ist doch der Gedanke ein ganz entgegengesetzter: der gegebene Fall wird so behandelt, wie wenn der Erblasser das gesetzliche Wahlrecht zu Gunsten der Gegenpartei abgeändert hätte.

Von dem sogenannten jus variandi.

I. Die Wahl des Schuldners wird nach Römischem Recht in der Regel in und mit der Leistung verwirklicht. Der blosse Wahlact des Schuldners ist nicht im Stande, den Obligationsinhalt definitiv zu bestimmen. Denn das hiesse dem

Schuldner das Recht einräumen, die Lage des Gläubigers zu verschlechtern, dessen periculum zu vermehren.

Darum soll er auch für seine eigene Person an seine Wahl nicht gebunden sein. Dies ist das, was die neueren jus variandi genannt haben, als ob es ein selbstständiges Recht des Schuldners wäre. Die Quellen kennen diesen Ausdruck nicht.

Nach Römischem Recht ist eben die Alternative in der Regel nicht bloss zu Gunsten des Schuldners, sondern auch zu Gunsten des Gläubigers gemeint.

Nur dann, wenn dem Schuldner, der schon kraft Gesetzes das Wahlrecht hat, ein Wahlrecht noch ausdrücklich eingeräumt ist, wird ein abändernder Wille der Parteien angenommen: die einmal geäusserte Wahl des Schuldners wirkt dann bindend, bindend für beide Theile und vereinfacht die Obligation.

Merkwürdigerweise wird selbst in der Theilleistung und in der Annahme derselben keine Vereinfachung der Obligation gesehen, obwohl diese Thatsache sich so leicht unter den Gesichtspunkt des Pactum bringen liesse.

II. Das Wahlrecht des Gläubigers ist immer ein ausdrücklich eingeräumtes. Ob der Gläubiger durch einseitige Erklärung den Inhalt der alternativen Obligation concentrirt, ob er das jus variandi hat, hängt wesentlich von der Formulirung des die Obligation begründenden Rechtsgeschäfts ab.

Hat er aber auch das jus variandi, so ist doch der Wahlact definitiv bindend, wenn er die Klage auf das eine der Objecte gerichtet und litem contestirt hat. L. 112 de V. O: donec judicium dictet mutandi potestatem habebit. Anstellung der Klage und Wahlact müssen indessen nicht etwa zusammenfallen. Der wahlberechtigte Gläubiger darf seine Klage auch alternativ anstellen. Dann wird er wohl das Wahlrecht bis zum Urtheil behalten, bis zu dem Momente, wo der Judex einer Grundlage für seine Geldcondemnation bedürfen wird.

L. 75 §. 8 de V. O. 45 I: quum liceat ei vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari opportere.

Nach der Meinung mancher Juristen mag indess der wahlberechtigte Gläubiger stets durch einseitige Wahl das Obligationsobject definitiv und unabänderlich bestimmt haben, vgl. Bernstein der alternative Wille, Abtheilung I p. 47 ff. Und mit Recht. Denn nur für das jus variandi des Schuldners ist die Natur der alternativen Obligation mit Erfolg anzurufen. Die Wahl des Schuldners verschlechtert die Lage des Gläubigers, indem sie dessen periculum steigert. Die Wahl des Gläubigers verbessert nur die Lage des Schuldners, indem sie dessen Verantwortlichkeit verringert.

III. Unter den modernen Rechtssystemen ist es das Französische Recht allein, welches den Grundsatz anerkannt hat, dass der Wahlberechtigte nicht im Stande ist, durch einseitige Erklärung seiner Wahl die Obligation auf das gewählte Object zu concentriren. Die durch zweiseitigen Act begründete Alternative solle nicht durch einseitigen Act aufgehoben werden. Auch könne man sich durch einseitigen Act nicht selber binden.

„Dalloz s. v. obligations 1323, Toullier t. 6 No. 692, Demolombe cours t. 26 No. 48, 51.

Denselben Grundsatz vertritt auch der Hessische Entwurf. Art. 17. „Von den Verbindlichkeiten“.

In diesen Rechtssystemen gilt der Grundgedanke, dass die Alternative nicht bloss zu Gunsten des Schuldners, sondern auch zu Gunsten des Gläubigers bestellt ist.

Auf entgegengesetztem Standpunkte stehen

die Preussische Jurisprudenz, Dernburg, Lehrbuch d. Preuss. Privatrechts Bd. II §. 29;

das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch §. 906;

das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht Art. 2928;

das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §. 699;

der Bayerische Entwurf Art. 260.

Die Wahl kann hier auch durch die einseitige der Gegen-

partei mitgetheilte Erklärung des Wahlberechtigten geschehen. Die Obligation wird durch diese einseitige Erklärung auf das gewählte Object concentrirt, vereinfacht. Das Wahlrecht ist absorbirt, von einem Entschlusswechsel kann nicht mehr die Rede sein. Die Alternative gilt hier stets nur zu Gunsten desjenigen, der das Wahlrecht hat [3]).

Beiläufig sei noch folgendes bemerkt:

Alle die letztgenannten Gesetzgebungen sehen selbstverständlich eine Wahl auch in Theilleistung und Theilannahme. Dieselbe Auffassung finden wir indess auch in der Französischen Jurisprudenz: Theilleistung und Theilannahme fallen ja unter den Gesichtspunkt zweiseitiger vertragsmässiger Wahl. Doch soll auf die Absicht der Parteien Rücksicht genommen werden. Der Gläubiger kann ja einen Theil der einen Sache sicherheitshalber annehmen.

Dalloz s. v. obligations 1324. Demolombe cours t. 26 No. 50.

Persönlichkeit des Wahlrechts.

„Das einmal begründete Wahlrecht, mag es nun unmittelbar durch Gesetz oder durch Parteiwillen begründet sein, gehört nicht dem bestimmten Gläubiger oder dem bestimmten Schuldner, sondern dem Gläubiger oder Schuldner als solchen. Es hängt nicht an der Person des ersten Gläubigers oder Schuldners und wird daher auch mit der Obligatio nicht bloss

[3]) Ich übergehe hier die vermittelnde Meinung moderner gemeinrechtlicher Juristen, die das Recht des Entschlusswechsels an sich anerkennen, den Wähler aber eventuell für den Wechsel auf Schadenersatz verantwortlich machen. Diese vielbestrittene Meinung, die der Aeusserung des Wählers eine nur für den Wähler und bloss obligatorisch bindende Bedeutung beilegt, kann nicht den Anspruch erheben, als geltendes Recht angesehen zu werden, und hat wohl auch wenig Aussicht, durch einen künftigen Gesetzgeber zum Gesetz erhoben zu werden. Die Meinung ist nur ein Entwickelungssymptom in der Geschichte zweier Rechtsinstitute: der alternativen Obligation und des einseitigen Versprechens als Verpflichtungsgrund.

vererbt, sondern auch übertragen, kann auch durch Stellvertreter ausgeübt werden.

Der entgegengesetzte Grundsatz, wonach wenigstens das dem Gläubiger ausdrücklich eingeräumte Wahlrecht ein höchst persönliches ist, hat auch schon im Justinianischen Recht nur ein ziemlich beschränktes Anwendungsgebiet, im modernen gemeinen Recht gar keins. Vielleicht der genaue Ausdruck eines vergangenen Rechtszustandes ist der Grundsatz von der Persönlichkeit des Wahlrechts auch schon im Justinianischen Recht nichts als eine Art Rechtsversteinerung, wie sie uns in der Entwicklung von Recht und Rechtswissenschaft so häufig begegnen."

Vgl. Bernstein zur Lehre vom alternativen Willen. Abtheilung I pp. 47 ff.

Ebenso unpersönlich ist das Wahlrecht in den verschiedenen modernen Rechtssystemen.

Vgl. für das Preussische Recht
Dernburg, Lehrbuch d. Preuss. Privatrechts Bd. II §. 29.
Für das Französische Recht
Demolombe cours t. 26 No. 42.
Für das Sächsische Recht
§. 2480 des Bürg. Gesetzbuchs f. d. Königr. Sachsen.

Einen prägnanten Ausdruck giebt diesen Grundsätzen der Bayerische Entwurf im Art. 259.

„Das Wahlrecht des Gläubigers wie des Schuldners geht „auf die Erben über."

„Das Wahlrecht des Gläubigers steht auch demjenigen zu, „welchem die mit dem Wahlrecht verbundene Forderung ab-„getreten oder vermacht ist."

„Das Wahlrecht des Schuldners geht auf denjenigen über, „welcher die mit dem Wahlrechte verbundene Verpflichtung „übernimmt."

Eine eigenthümliche Bestimmung trifft das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch für den Fall, dass es sich um ein alternatives Legat handelt. In der dem Legatar überlassenen

Auswahl sieht das Oesterreichische Recht die Aeusserung eines besondern Vertrauens in die Billigkeit des Wählers, ähnlich wie wenn die Wahl einem Dritten überlassen worden wäre. Stirbt Legatar vor geschehener Wahl, so geht das Legat nicht etwa unter, nur das Gericht hat an Stelle der Partei die Wahl zu treffen.

Vgl. §. 659.

Mit Bezug auf diese Bestimmung sagt Unger, das Oesterreichische legatum optionis nehme die Mitte ein zwischen dem höchst persönlichen legatum optionis des vorjustinianischen und dem ganz unpersönlichen des Justinianischen Rechts. -

Unger, d. System des Oesterreichischen Allg. Privatrechts Bd. VI 2. Aufl. p. 320.

Wir unsererseits begreifen nicht, wie die Ueberlassung der Wahl an eine Partei der Ueberlassung an einen Dritten gleich gedeutet werden kann.

Unerörtert bleibe hier die Frage, ob und in wie weit das Wahlrecht unabhängig von dem Recht oder der Pflicht aus der Obligation übertragbar sei.

Untrennbarkeit wäre eine petitio principii und scheint umsoweniger anzunehmen, als ja die Ausführung der Wahl durch Stellvertreter zulässig ist.

Gewiss wäre im Falle einer solchen Uebertragung die Wahl nicht etwa so zu behandeln, wie die ursprünglich einem Dritten überlassene.

Wir halten es aber für unpraktisch, uns hier eine Casuistik und Rechtstheorie auszuspintisiren. Leben und Judicatur mögen hier erst die nöthigen Vorarbeiten und den Nachweis des Bedürfnisses liefern.

Objective Voraussetzungen der Wahl.

Nach welchem Momente soll die Wählbarkeit des Objects beurtheilt werden?

Sind beide Gegenstände der Alternative in obligatione,

so muss das Object sowohl im Momente der Begründung der Obligation, als im Momente der Wahl fähig sein, Object der Obligation zu sein.

Ist der Gegenstand der Obligation noch unbestimmt, so müsste es bloss auf den Moment der Wahl ankommen.

Die uns erhaltenen Aussprüche der Römischen Juristen stehen alle auf dem Standpunkt der ersten Theorie.

Unserer Ansicht nach würde es dem Eventualcharakter der alternativen Obligation am besten entsprechen, wenn man die objectiven Voraussetzungen der Obligation nach dem Momente der Wahl beurtheilte.

Vgl. Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen, Abth. I, pp. 53 ff.

Den Aussprüchen der Römischen Rechtsquellen folgend, stehen auch die meisten modernen Gesetzgebungen, so weit sie sich über diese Frage aussprechen, auf dem Standpunkte der resolutiven Pendenztheorie. So der Code civil, Art. 1192:

„L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une „manière alternative, si l'une des deux choses promises ne „pouvait être le sujet de l'obligation."

So auch der Bayerische Entwurf, Art. 253.

„Ist die eine von zwei wahlweise geschuldeten Leistungen „durch Zufall unmöglich geworden, so besteht die Verbind„lichkeit als einfache in der Art fort, dass nur die andere „Leistung von dem Gläubiger gefordert, von dem Schuldner „bewerkstelligt werden kann. Dasselbe gilt, wenn sich die „Verbindlichkeit von Anfang an in der Richtung auf die eine „der wahlweise versprochenen Leistungen als unwirksam dar„stellt."

Das Preussische Recht ist das einzige, dessen Geiste es wohl entsprechen würde, die gegenwärtige Frage im Sinne der suspensiven Pendenztheorie zu beantworten.

L. R. I, §. 57.

Ist in dem Momente, wo die Wahl vorgenommen werden muss, dieselbe unmöglich oder eingeschränkt, dann kommen

kommen die für den Fall des zufälligen Untergangs eines Wahlobjects geltenden Grundsätze zur Anwendung.

Dernburg, Lehrb. d. Preuss. Privatrechts, Bd. II §. 29.

Einfluss des Zufalls auf die alternative Obligation.

I. Welchen Einfluss hat der zufällige Untergang eines der Objecte der alternativen Obligation auf das Rechtsverhältniss?

Wir werden hier zwei Fälle unterscheiden, je nachdem der Schuldner oder der Gläubiger die Wahl hat.

A. Hat der Schuldner die Wahl, so concentrirt sich die Obligation auf das übrig gebliebene Object. An die Stelle der bisherigen Unbestimmtheit tritt Bestimmtheit. Dem gegenseitigen Ersatzzwecke entsprechend, ist es das übrig gebliebene Object, welches der Schuldner jetzt zu leisten hat.

Dieser Satz wird in unseren Quellen mit besonderer Entschiedenheit ausgesprochen. Und er scheint dem innersten Zweck der alternativen Obligation vollkommen zu entsprechen, besonders wenn wir die Alternative nicht bloss zu Gunsten des Schuldners, sondern auch zu Gunsten des Gläubigers gesetzt denken.

Anders, wenn die Alternative bloss im Interesse des Schuldners gemeint sein soll.

Bestimmt, seine Lage zu verbessern, scheint sie gegen ihn sich zu wenden. Er hat ja nicht bloss die Pflicht, einen von den zwei Gegenständen zu leisten, er hat ja auch das Recht, einen von den zwei Gegenständen zu behalten. Warum soll der Zufall gerade sein Recht, nicht das Recht des Gläubigers treffen? Warum soll er, der Schuldner, nicht bloss das verlieren, was er gewählt hätte, sondern auch das, was er im Geiste für sich bestimmt hat? Soll nicht das Recht das wieder gut machen, was es gut machen kann, und dem Schuldner trotz des Untergangs des einen Wahlobjects seine Wahl erhalten?

Solche Gedankengänge mögen es gewesen sein, gegen die sich Scävola wendet, wenn er sagt:

l. 2 §. 3, de eo quod certo loco 13, 4.

Scaevola ait . . . eum qui Stichum aut Pamphilum promittit eligere posse, quod solvere velit quam diu ambo vivunt, ceterum ubi alter decesserit, exstingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus an debeat, dum non vult virum praestare, quem solum debet.

Und gegen eine ähnliche Meinung richtet sich wohl auch der Ausspruch Ulpians in

l. 47 §. 3 de legatis I.

Placuit etsi alter decesserit, alterum omnimodo praestandum.

Dieser Meinung, welche den Untergang des einen Objects geradezu als Erfüllung ansehen wollte, gelang es also nicht durchzudringen.

Dafür wusste aber eine vermittelnde Meinung Geltung zu erlangen.

Als Erfüllung sollte der Untergang des einen Gegenstandes allerdings nicht gelten. Musste darum nothwendig das Recht des Schuldners den andern Gegenstand für sich zu behalten geschädigt werden? Konnte ja dem Schuldner gestattet werden, seine Wahl statt auf den untergegangenen Gegenstand selbst auf den Werth desselben zu richten und diesen dem Gläubiger in Zahlung zu geben. Es ist das, was man unter der oblatio aestimationis zu verstehen pflegt. Die Zulässigkeit derselben ist in einigen Quellenstellen unzweifelhaft ausgesprochen. Ebenso unzweifelhaft stehen aber eine Anzahl Quellenaussprüche derselben direct entgegen.

Vgl. l. 55 ad l. Aquil. 9. 2, l. 34 §. 6 de contr. emt. 18. 1. l. 2 §. 3 de eo quod certo loco 13. 4, l. 33 §. 1 de sol. 46. 3, l. 128 de V. O. 45. 1.

Müssen wir das Institut der oblatio aestimationis als geltend im Justinianischen Recht anerkennen? Bei dieser Frage wollen wir uns nicht aufhalten. Uns genüge, die Rechts-

gedanken klar gelegt zu haben, die das Römische Recht in dieser Frage bewegten.

Jedenfalls verträgt sich die oblatio aestimationis nur mit einer Grundanschauung, nach welcher die Alternative einzig und allein im Interesse des Schuldners bestellt ist. Somit repräsentirt die Zulassung der oblatio aestimationis den Ansatz zu einer innern Wandlung der alternativen Obligation im Römischen Recht: sie durchbricht die Harmonie des Instituts.

Ob nun die Alternative bloss zu Gunsten beider Parteien oder bloss zu Gunsten des Schuldners gemeint ist, die Wahl erscheint im Römischen Recht nur als eines der Mittel, welches die Unbestimmtheit der Alternative lösen können.

Giebt es denn aber nicht Fälle, wo die Wahl geradezu essentiale des Geschäfts ist, so dass bei der Unmöglichkeit oder auch nur der Einschränkung der Wahl die Aufrechterhaltung des Geschäfts selbst in Frage gestellt wird?

In diesem Falle wäre die Alternative nothwendig zu Gunsten des Wählers gemeint.

Das Römische Recht wirft diese Frage nirgends auf.

Lagen keine Rechtsgeschäfte vor, auf die dieser Gedanke hätte Anwendung finden können? Oder entgingen sie der Aufmerksamkeit der Römischen Juristen? Wir wissen es nicht.

Unter den modernen Rechtssystemen sollte es das Preussische Landrecht sein, welches, zuerst Fälle dieser Art ins Auge fassend bei Gelegenheit des Kaufgeschäfts, die von der Preussischen Jurisprudenz verallgemeinerte Regel aufstellte, dass der Untergang eines der Wahlobjecte der wahlberechtigten Partei das Recht giebt, von dem Vertrage zurückzutreten.

> Koch, Recht der Forderungen, Bd. I, §. 5. A. L. R. I, 11, §§. 33 u. ff.

Der Untergang des einen Objects kann die alternative Obligation concentriren, wenn der Schuldner das Rechtsverhältniss aufrecht erhalten will; in erster Linie fragt es sich, ob er dies will, denn es hängt von ihm nun ab, an debeat.

Im Preussischen Landrecht erscheint die alternative Obli-

gation als eine wahre Wahlobligation. Ist es zu empfehlen, dass eine Bezeichnung von den wesentlichen Merkmalen eines Gegenstandes hergenommen werden soll, so ist nur für die alternative Obligation des Preussischen Rechts der Name Wahlobligation berechtigt, denn hier ist die Wahl wirklich ein essentiale negotii[4]).

Eine vermittelnde Stellung nimmt das Oesterreichische Civilrecht ein.

Das Oesterreichische Gesetzbuch erkennt an, dass es Fälle giebt, in denen die Wahl als ein essentiale negotii angesehen werden muss. Es entgeht ihm aber nicht, dass es auch Fälle giebt, in denen die Wahl kein essentiale negotii, sondern bloss ein Mittel ist, die Unbestimmtheit der Alternative zu lösen.

Für die Fälle der ersteren Art soll daher die Preussische Regel acceptirt werden, für die Fälle der zweiten Art der alte Römische Grundsatz.

Wann liegt aber ein Fall erster, wann ein Fall zweiter Art vor? Soll dies allgemein dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben? Oder lässt sich ein objectives Kriterium aufstellen?

Das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch glaubt letzteres annehmen zu dürfen. Es bestimmt §. 907:

„Wird ein Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl „geschlossen und dieselbe durch zufälligen Untergang eines „oder mehrerer Wahlstücke vereitelt, so ist der Theil, dem „die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht gebunden."

Vgl. Stubenrauch, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch ad Art. 907.

Im Anschluss an diese Bestimmung unterscheidet die Oesterreichische Jurisprudenz: — handelt es sich um ein

---

[4]) Nur scheinbar stimmen wir hier mit Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. II, S. 29 überein. Der Ausdruck Wahlobligation hat hier eine ganz andere und viel engere Bedeutung.

alternatives Legat oder um einen alternativen Vertrag ohne Vorbehalt der Wahl, so gilt die Römische Grundauffassung; die Wahl ist kein essentiale; dagegen ist die Wahl ein essentiale negotii, wie im Preussischen Recht, wenn ein Vertrag mit ausdrücklichem Vorbehalt der Wahl geschlossen ist.

Die übrigen Gesetzgebungen schliessen sich mehr oder weniger dem Römischen Recht an.

So namentlich der Code Napoléon Art. 1193: der casuelle Untergang eines Objects concentrirt die Obligation auf das übrig Gebliebene.

Und da in den Augen des Code civil die Alternative principiell den Interessen beider Parteien dienen soll, so ist er nur consequent, wenn er auch die oblatio aestimationis ausschliesst.

Dieselben Grundsätze finden wir auch im Bayerischen Entwurf Art. 253—257, und im Liv-, Est- und Curländischen Privatrecht Art. 2930. Auch sie schliessen die oblatio aestimationis aus, obwohl sie im Gegensatz zum Code die Alternative im Interesse des Schuldners gesetzt denken, wie wir es bei der Erörterung des jus variandi gesehen haben.

Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit der oblatio aestimationis im Oesterreichischen Recht — in den Fällen selbstverständlich, in denen die Wahl nicht als essentiale angesehen wird.

Vgl. Unger, Syst. des Oesterreichischen Privatrechts, Bd. VI, 2. Aufl., p. 321, A. 8.

Beibehalten ist die oblatio aestimationis im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen Art. 1012.

Hat der Gläubiger die Wahl, so concentrirt sich ebenfalls die Obligation auf die übrig gebliebenen Objecte. So nach Römischem Recht und so nach allen Gesetzgebungen, die demselben gefolgt sind.

Code civil Art. 1193.

Bürg. Gesetzb. f. d. Kgr. Sachsen, Art. 1012.

Bayer. Entw. Art. 253.

Eine aparte Stellung nehmen auch hier das Preussische und Oesterreichische Recht ein.

Das Preussische Recht giebt dem Wähler ganz allgemein das Recht des Rücktritts, wenn eins der Objecte untergegangen.

Das Oesterreichische Recht thut dies nur dann, wenn die Wahl ausdrücklich ausbedungen; dieser Fall wird hier aber immer zutreffen, da der Regel nach der Schuldner Wähler ist.

Einfluss der Culpa.

I. Welchen Einfluss hat auf die Obligation die Thatsache, dass der Schuldner das eine Object culpos vernichtet hat?

Diese Frage erlangt eine besondere Wichtigkeit erst dann, wenn der andere Gegenstand später casuell untergegangen ist.

A. Fassen wir zuerst den Fall ins Auge, wo der Schuldner Wähler ist.

Sind beide Gegenstände der Alternative in obligatione, so tritt an die Stelle des vernichteten Objects die eventuelle Schadensersatzpflicht. Geht der andere Gegenstand später zufällig unter, so bleibt der Schuldner verpflichtet, den ersten Gegenstand zu ersetzen[5]).

Ist das Object der Obligation unbestimmt, so kann, so scheint es, von keiner Schuld des Schuldners die Rede sein. Die Obligation vereinfacht sich, wie wenn der Gegenstand casu untergegangen wäre. Die Consequenz dieser Auffassung wäre denn die, dass der casuelle Untergang des zweiten Objects die Obligation aufhebt, der Gläubiger also gar keinen Anspruch auf Schadenersatz hätte.

Soll nun der Schuldner berechtigt sein, die Lage des Gläubigers zu verschlechtern, das periculum desselben straflos zu steigern?

---

[5]) Ob und wie weit die oblatio aestimationis, für das culpa vernichtete Object zulässig ist, ist im Römischen Recht bekanntlich streitig. — Soweit moderne Rechte die oblatio aestimationis überhaupt anerkennen, ist dieselbe in dem hier in Betracht kommenden Falle ausgeschlossen.

Papinian, der hier die suspensive Pendenztheorie vertrat, sah das Missliche dieser Consequenz ein und bestimmte L. 95 §. 1 de sol. et lib. 46,3:

„Quoniam impunita non debent esse admissa doli actio „non immerito desiderabitur.“

Die actio doli ist aber gewiss ein in den seltensten Fällen ausreichendes Mittel.

Das Französische Recht theilt die Grundauffassung Papinians und weiss der unerwünschten Consequenz nur durch eine wunderliche, unmotivirte Entscheidung zu entgehen. Der Code civil bestimmt einerseits Art. 1193:

„L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une „des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même „par la faute du débiteur.“

und andererseits in demselben Artikel:

„Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en „faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle, „qui a péri la dernière.“

Dieser Satz ist richtig, wenn der erste Gegenstand casu untergegangen ist, der zweite culpa. Wie ist er aber zu begründen, wenn es gerade der erst untergegangene Gegenstand ist, der culpa untergegangen ist? Zumal es im angeführten Artikel heisst, dass der Untergang des einen Gegenstandes die Obligation unbedingt vereinfacht.

Die gleiche Bestimmung wie der Code trifft auch das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht Art. 2931 und 2932.

Ist denn aber diese Unverantwortlichkeit des Schuldners die nothwendige Consequenz der Theorie, wonach das Object der Obligation vorläufig unbestimmt ist? Wir glauben kaum. Auch die eventuelle Verpflichtung wird geschützt, auch die Verpflichtung zu einer eventuellen Leistung bindet den Schuldner und verbietet ihm ein Verhalten, durch welches er die eventuelle Erfüllung der Obligation beeinträchtigen könnte. Jedes Zuwiderhandeln macht ihn daher eventuell verantwortlich.

Somit führt die suspensive Pendenztheorie praktisch zu

demselben Resultat, wie die resolutive Pendenztheorie zu der eventuellen Verantwortlichkeit des Schuldners für das von ihm vernichtete Object.

Dieser Grundsatz ist es, den wir im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen ausgesprochen finden. §. 726:

> Verschuldet der Verpflichtete die Unmöglichkeit der Leistung des einen der mehreren Gegenstände und gehen die andern Gegenstände durch Zufall unter, so hat der Verpflichtete, es mag ihm oder dem Berechtigten die Wahl zukommen, Schadenersatz für den durch seine Verschuldung untergegangenen Gegenstand zu leisten.

Aber auch eine andere Auffassung ist noch möglich, namentlich wenn wir die Alternative wesentlich zu Gunsten des Schuldners deuten und somit schon der einseitigen Wahl desselben bindende concentrirende Bedeutung beilegen. Lässt sich nicht der culpose Act als eine Verfügung des Schuldners deuten, durch welche er gerade über denjenigen Gegenstand verfügt hat, der ihm verbleiben sòll, durch welche er somit zu erkennen giebt, dass es der andere Gegenstand ist, den er zu leisten beschlossen hat? So gedacht wirkt die culpa wie die Wahl: wie die Wahl vereinfacht sie die Obligation und concentrirt Obligation und periculum auf das übrig gebliebene Object. Von einem Schadenersatz für das culpa vernichtete Object kann **nicht** die Rede sein, auch wenn später das andere Object casuell untergeht.

Auf diesem Standpunkt steht wohl der Bayerische Entwurf Art 254:

„Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der einen Leistung „verschuldet, so kommt, wenn er der Wahlberechtigte ist, die „Bestimmung des Art. 253, Absatz I zur Anwendung.“

Art. 253, Absatz I:

„Ist die eine von zwei wahlweise geschuldeten Leistungen „durch Zufall unmöglich geworden, so besteht die Verbind- „lichkeit als einfache in der Art fort, dass nur die andere

„Leistung von dem Gläubiger gefordert, von dem Schuldner „bewerkstelligt werden kann."

Was das Preussische und Oesterreichische Recht anbetrifft, so ist es wohl selbstverständlich, dass der Schuldner, der sich selber die Wahl unmöglich gemacht hat, nicht das Recht hat, vom Vertrage zurückzutreten.

A. L. R. I, 11, §. 36 u. §. 37.

Oesterr. Bürg. G. §. 907.

B. Ist der Gläubiger Wähler, so müssen wir vor allen Dingen den Grundsatz festhalten, dass der Schuldner das Wahlrecht des Gläubigers nicht beeinträchtigen darf.

Hat der Schuldner ein Object culpa vernichtet, so hat daher der Gläubiger die Wahl zwischen Schadenersatz für das erste Object und Leistung des zweiten Objects.

B. G. f. d. K. S. §. 722. Bayr. Entw. A. 254.

Geht auch das letzte Object durch Zufall zu Grunde, so muss der Gläubiger sich wohl mit dem Schadenersatz für das erste Object begnügen.

Vgl. B. G. f. d. K. Sachsen §. 726.

Geht auch das zweite Object culpa des Schuldners zu Grunde, so wählt der Gläubiger, für welchen Gegenstand er Schadenersatz haben will.

B. G. f. d. K. Sachs. §. 723, Bayr. Entw. A. 256.

Demolombe, cours, t. 26, No. 89.

Eigenthümlich ist hier die Bestimmung des Code civil. Art. 1194.

„Lorsque . . . le choix avait été déféré par la convention „au créancier . . . (si) les deux choses sont péries; . . . alors, „si le débiteur est en faute . . . à l'égard de l'une d'elles „seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou „de l'autre à son choix."

Ist der erste Gegenstand casu untergegangen, ist somit die Obligation vereinfacht, wie käme der Gläubiger dazu, Schadenersatz für dies Object zu verlangen?

Verständlicher ist's, wenn es das zweite Object ist, welches

casu untergeht. Man könnte sagen: hätte der Schuldner nicht das erste Object culpos vernichtet, so wäre das zweite nicht einziges, unmittelbares Erfüllungsmittel der Obligation geworden; ist dann auch der Untergang dieser Sache ein zufälliger, so ist es doch nicht zufällig, dass dieser Untergang der Untergang des einzigen unmittelbaren Erfüllungsmittels der Obligation ist, und dafür bleibt Schuldner verantwortlich.

Auch diese Bestimmung des Code finden wir im Liv-, Est- und Curländischen Privatrecht wieder: Art. 2931 u. 2932.

Darf der wahlberechtigte Gläubiger nach Preussischem Recht vom Vertrag zurücktreten, wenn die Wahl durch Zufall unmöglich gemacht ist, so darf er es selbstverständlich um so mehr, wenn die Wahl durch die Schuld der Gegenpartei beeinträchtigt ist. In diesem Falle hat er aber auch noch ein Recht auf Schadenersatz.

Unbenommen bleibt es ihm trotz beeinträchtigter Wahl beim Vertrage stehen zu bleiben. Dann darf er aber keinen Schadenersatz mehr beanspruchen. Hält er den Vertrag aufrecht, so kann er nicht über Vereitelung der Wahl klagen,

A. L. R. I, 11, §§. 33, 34, 35,

und dasselbe gilt wohl auch im Oesterreichischen Recht Art. 907.

Zum Schluss nun noch eine Bemerkung. Handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag, und unterliegt dieser Vertrag der Beurtheilung nach einem Rechtssystem, welches wie das französische den Grundsatz aufstellt, —

Art. 1184. „La condition résolutoire est toujours sous entendue „dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux, „parties ne satisfera point à son engagement. — Dans ce cas, „le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers „laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou „de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle „est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages „et intérêts.“ —

so kann die Vereitelung der Wahl der Gegenpartei wohl als wesentliche Verletzung der vertragsmässigen Verpflichtungen gedeutet werden und also ein Rücktrittsrecht mit Schadenersatzklage ebenso begründen, wie nach Preussischem Recht.

Vgl. Demolombe, cours, t. 26, Nr. 95.

Unmöglichkeit der Leistung in Folge von culpa des Gläubigers und casus.

I. Erster Fall. Culpa des Gläubigers ist der eine Gegenstand der alternativen Obligation untergegangen, der andere ist aber noch vorhanden.

A. Schuldner hat die Wahl.

Da der Untergang des einen Gegenstandes dem Schuldner nicht zuzurechnen ist, so wirkt die culpa des Gläubigers auf die alternative Obligation wie casus: die alternative Obligation concentrirt sich auf das übrig gebliebene Object.

Für das von dem Gläubiger vernichtete Object hat der Schuldner gegen den Gläubiger eine Schadenersatzklage.

Wäre es nun nicht recht und billig, wenn es dem Schuldner gestattet wäre, das von dem Gläubiger vernichtete Object als geleistet und somit die Schuld als getilgt anzusehen? Könnte der vom Gläubiger angerichtete Schaden besser wieder gut gemacht werden? Könnte die Handlung des Gläubigers besser negirt, die Dinge sicherer in den Zustand gebracht werden, in dem sie gewesen wären, wenn der Gläubiger den betreffenden Gegenstand nicht vernichtet hätte? Hätte doch dann der Schuldner gerade diesen Gegenstand wählen und leisten können.

Auf diese Weise würde auch einem böswilligen Gläubiger unmöglich gemacht werden, die Leistung eines Gegenstandes zu erzwingen, von dem er vielleicht sicher weiss, dass der Schuldner denselben nicht gewählt hätte.

So ausgezeichnet dieser Grundsatz aber auch wäre, das Römische Recht kennt denselben nicht: Schadenersatzforderung

und Anspruch aus der alternativen Obligation werden auseinandergehalten.

Vgl. L. 55 ad legem Aquiliam 9, 2.

Es war dem modernen Recht beschieden, die hier vorliegenden natürlichen Zusammenhänge zu erkennen und zur Geltung zu bringen. Derselbe Act brauchte nicht als casus innerhalb der alternativen Obligation, als culpa ausserhalb behandelt zu werden. Der Schadenersatzanspruch kann unmittelbar dem Anspruch aus der alternativen Obligation entgegengesetzt werden und so seine energischste und unmittelbarste Verwirklichung finden. Der Schuldner darf den vernichteten Gegenstand als geleistet ansehen. Es bleibt ihm übrigens auch unbenommen, den vorhandenen Gegenstand zu leisten und für den vernichteten eine selbständige Schadenersatzklage anzustellen.

Diesem Gedankengang schliesst sich die Französische Jurisprudenz an.

Demolombe, cours, Bd. 26, Nr. 97.

Der Code behandelt den Fall der culpa des Gläubigers gar nicht.

Anerkannt sind diese Gedanken im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §. 724 und im Bayerischen Entwurf Art. 255.

Auf dem Standpunkt des Römischen Rechts ist stehen geblieben das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht. Art. 2931—2933.

Nach Preussischem Rechte darf der Schuldner selbstverständlich zurücktreten und Schadenersatz fordern.

Im Falle es sich um einen zweiseitigen Vertrag handelt, wird wohl aber ein solches Rücktrittsrecht auch in denjenigen Gesetzgebungen anzuerkennen sein, welche allgemein bei synallagmatischen Verträgen dem einen Theil ein Rücktrittsrecht gewähren wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen durch den andern Theil.

B. Wenn die Wahl dem Gläubiger gehört, so concentrirt sich wohl nach Römischem Recht die Obligation auf das übrig gebliebene Object, dagegen hat der Schuldner eine Schadenersatzklage für das vernichtete Object.

Wie in dem Falle, wo der Schuldner die Wahl hat, müssen auch hier Schadenersatzanspruch und Anspruch aus der alternativen Obligation auseinandergehalten werden.

Scheint es nicht billiger, wenn wir es hier dem Schuldner überlassen, entweder die Obligation als vereinfacht anzusehen und dann das übrig gebliebene Object zu leisten und für das untergegangene Object Schadenersatz zu fordern, oder das vernichtete Object als gewählt und die Obligation als erfüllt zu behandeln?

Nach Preussischem Recht hat der Gläubiger, der selber seine Wahl unmöglich gemacht, sicher kein Recht, von dem Vertrage zurückzutreten.

A. L. R. I, 11, §. 36.

„Ist eine von den Sachen, unter welchen der Käufer die „Wahl haben sollte, durch desselben eigenes Zuthun vernichtet „oder abhanden gebracht worden, so muss der Käufer bei „dem Vertrage stehen bleiben; er kann jedoch alsdann kein „Interesse fordern.“

Darf der vernichtete Gegenstand darum als gewählt angesehen werden, wie es Manche wollen?

So Dernburg, Lehrb. d. Preuss. Privatrechts, II, §. 29.

Ebensowenig kann nach Oesterreichischem Recht im gegebenen Fall von einem Rücktrittsrecht des Gläubigers die Rede sein.

A. B. G. B. §. 907.

Die Französische Jurisprudenz ist — wenn auch nicht einmüthig — geneigt, in der Vernichtung des einen Objects durch den wahlberechtigten Gläubiger einen Wahlact, das vernichtete Object als geleistet zu betrachten.

Demolombe, cours, Bd. 26, Nr. 98.

Ausdrücklich vertritt diese Rechtsanschauung das Bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen, §. 724.

Dieselbe Anschauung finden wir auch in dem Bayerischen Entwurf Art. 255.

Auf Römischem Standpunkt steht das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht Art. 2931—2933.

II. Zweiter Fall. Der eine Gegenstand ist culpa des Gläubigers vernichtet, durch Zufall geht später der andere Gegenstand unter.

A. Der Schuldner hat die Wahl.

Nach Römischem Recht hat der Untergang des ersten Objects die Obligation auf das übrig gebliebene Object concentrirt, Gläubiger kann nur noch dieses fordern, Schuldner nur noch dieses leisten. Der Schuldner hat eine Schadenersatzforderung für das erst vernichtete Object.

Geht darauf das übrig gebliebene Object zufällig zu Grunde, so ist der Schuldner von seiner Verpflichtung frei, seine Schadenersatzforderung behält er.

Wie gestaltet sich nun das Rechtsverhältniss, wenn wir, im Falle der Gläubiger den einen Gegenstand culpos zerstört hat, den Schuldner für berechtigt halten, entweder eine Schadenersatzforderung anzustellen, oder den vernichteten Gegenstand als geleistet anzusehen?

Ist erst der zweite Gegenstand untergegangen, so wird der Schuldner sich stets für die Anstellung einer Schadenersatzklage entscheiden. Soll Unbilligkeit vermieden werden, so müsste das Gesetz dem Schuldner eine Entscheidungsfrist setzen, und hätte er diese ohne sich zu erklären verstreichen lassen, dann müsste wohl der Einfachheit halber die Obligation als getilgt angesehen werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, das unsern Fall behandelt, scheint diese Nothwendigkeit übersehen zu haben. Es bestimmt allgemein, dass in diesem Fall die Obligation als erfüllt angesehen wird, es ignorirt die von

ihm selber dem Schuldner gewährte Alternative zwischen Schadenersatzklage und Annahme der Erfüllung §. 727.

B. der Gläubiger hat die Wahl.

Nach Römischer Anschauung ist dieser Fall wohl ebenso wie der eben dargestellte zu behandeln.

Sieht man in dem Act des Gläubigers einen Act der Wahl, das vernichtete Object als geleistet an, so ist damit die alternative Obligation getilgt, der spätere Untergang eines früheren Objects der alternativen Obligation gleichgültig.

Vgl. Bürgl. Gesetzb. f. d. K. Sachsen Art. 727.

Wir unterlassen es, uns in eine weitläufige Casuistik zu verlieren. Die Entscheidung der übrigen hier möglichen Fälle ergiebt sich von selbst aus den bisher dargestellten Grundsätzen. Nur einen Fall wollen wir noch näher untersuchen, denjenigen, wo beide Gegenstände gleichzeitig durch die Schuld des Gläubigers untergegangen sind.

Hier hat der Schuldner jedenfalls ein Recht auf Schadenersatz für den einen der zwei Gegenstände und wir würden wohl geneigt sein anzunehmen, nach Wahl des Schuldners oder des Gläubigers, je nachdem der erstere oder letztere Wähler ist.

Je nachdem würde auch der Schuldner oder der Gläubiger zu bestimmen haben, was er als geleistet angesehen wissen will.

Soll nun gerade die gleichzeitige Verschuldung in Bezug auf beide Objecte dem Gläubiger die Wahl wiedergeben, die er eingebüsst hätte, wenn die Verrichtung successiv erfolgt wäre?

Dieser Gedanke mag es gewesen sein, der dem Bayerischen Entwurf — Art. 257 — und dem Liv-, Est- und Curländischen Privatrecht — Art. 2932 — die Bestimmung einflösst, dass in diesem Falle die Wahl auf den Schuldner übergehen soll.

Einfluss der Mora.

I. Wann ist eine mora solvendi oder accipiendi vorhanden?

Ueber die Voraussetzungen der mora in unserem Falle sprechen sich die modernen Gesetzgebungen wenig aus.

Nach Römischem Recht fällt die Antwort verschieden aus, je nach der Grundtheorie, von der wir ausgehen.

1. Diese Frage scheint gar nicht aufgeworfen werden zu können, wenn utrumque in obligatione ist.

Hat der Schuldner die Wahl, so ist er selber in mora, wenn er nicht zur rechten Zeit Wahl und Leistung effectuirt. Den Gläubiger versetzt der Schuldner in mora, indem er ihm das gewählte Object anbietet.

Hat der Gläubiger die Wahl, so muss ihm der Schuldner beide Gegenstände anbieten, sei es dass er den Vorwurf der Verzögerung nicht auf sich laden, sei es, dass er den Gläubiger in mora versetzen will.

2. Wie gestaltet sich aber die Sache, wenn wir das Object der Obligation als unbestimmt und ungewiss ansehen?

Gebührt die Wahl dem Schuldner, so haben wir nur zu wiederholen, was wir oben gesagt.

Schwieriger ist der Fall, wenn es zur Bestimmung des Objects der Mitwirkung des Gläubigers bedarf, wenn die Wahl dem Gläubiger gehört.

So lange der Gläubiger seine Mitwirkung zur Bestimmung des Schuldobjekts versagt, kann von mora des Schuldners nicht die Rede sein.

So lange der Gläubiger nicht wählt, kann aber, so scheint es, consequenterweise auch nicht von einer mora creditoris die Rede sein.

Wir halten es daher mit Mommsen für recht und billig, dass dem Gläubiger vom Gericht eine Frist gesetzt werde, innerhalb welcher er sein Wahlrecht auszuüben hat, eine Frist, an deren

Versäumniss selbstverständlich, wie wir gleich sehen werden, wichtige Rechtsfolgen sich knüpfen.

II. Wirkung der mora auf die Wahl.

1. Ist es der Schuldner, der in Säumniss ist in der Ausübung seines Wahlrechts, so geht dasselbe auch schon nach Römischem Rechte auf den Gläubiger über. Aber nicht ohne Weiteres. Die Thatsache der mora allein scheint dazu nicht zu genügen. Mögen auch alle Voraussetzungen der mora vorhanden sein, der Gläubiger darf seine Klage doch nicht anders als alternativ anstellen. Im Momente der litis contestatio ist also auch der morose Schuldner noch im Besitze seines Wahlrechts. Wie lange darf er aber in demselben belassen werden? Der Schuldner ist nicht etwa bloss berechtigt zu wählen, er ist dazu verpflichtet, es soll ja nur unbestimmt sein, was, nicht ob geleistet werden soll. Lässt man dem Schuldner unbedingt sein Wahlrecht, so stellt man die Wirksamkeit der obligatio selbst in Frage. Es erscheint daher nur recht und billig, dass der Schuldner, der seinen Verpflichtungen nicht genügt, seines Wahlrechts verlustig geht. Die Nothwendigkeit der Geldcondemnation und die Unzulässigkeit eines alternativen Urtheils macht es wahrscheinlich, dass die Alternative in judicio zur Entscheidung gebracht wurde. Aehnlich wie bei den actiones arbitrariae mag der Richter den Verklagten aufgefordert haben, sein Wahlrecht innerhalb einer bestimmten Frist auszuüben. Leistete der Schuldner dieser Aufforderung keine Folge, so ging die Wahl auf den Gläubiger über.

Vgl. Bernstein, zur Lehre vom alternativen Willen, Abtheilung I, pag. 67 ff.

2. Wie ist's aber, wenn es der Gläubiger ist, der seine Wahl nicht ausübt? Wie wir bereits oben bemerkt, müsste dann der Richter dem Gläubiger eine Frist setzen, innerhalb welcher derselbe seine Wahl vorzunehmen hätte.

Welche Rechtsfolgen sollen aber eintreten, wenn der Gläubiger die ihm gesetzte Frist unbenutzt verstreichen lässt?

Mommsen will den Gläubiger seines Forderungsrechtes verlustig erklären, und beruft sich auf die Analogie von Stellen, die von der optio legata handelt.

Der Natur der alternativen Obligation entspräche es unserer Ansicht nach eher, auch in der Person des Gläubigers die mora eligendi mit dem Verluste der electio und dem Uebergang derselben auf die Gegenpartei zu bestrafen.

Vgl. Bernstein, l. c. pag. 73 ff.

In der modernen Rechtsentwickelung finden wir neben dem Gedanken eines Uebergangs der Wahl von dem morosen Theil auf den Gegentheil, den Gedanken einer Ausübung der Wahl, an Stelle des säumigen Theils, durch den Richter, den berufenen Rechtshelfer.

Die Preussische Jurisprudenz lässt die Wahl vom morosen Schuldner auf den Gläubiger übergehen, aber erst im Momente der Execution.

„Erst in der Executionsinstanz kann der Gläubiger die „Entscheidung des Schuldners unter dem Präjudiz fordern, „dass sonst die vom Gläubiger gewählte Sache als ge„schuldet gilt.“

Dernburg, Lehrb. d. Preuss. Privatrechts, Bd. II, §. 29.

Ob ein Uebergang der Wahl vom morosen Gläubiger auf den Schuldner anzunehmen sei, ist zweifelhaft. Dernburg nimmt einen solchen Uebergang an. Koch dagegen überlässt die Wahl dem Gericht.

Dernburg l. c.; Koch, Recht der Forderungen, Bd. 1, §. 5.

An Untergang der Forderung in Folge der mora des Gläubigers wird nicht gedacht.

Die Französische Jurisprudenz giebt, wie dem morosen Schuldner gegenüber dem Gläubiger, so auch dem Schuldner dem morosen Gläubiger gegenüber das Recht, Uebertragung der Wahl oder Ausübung derselben durch den Richter zu fordern.

Demolombe, cours, t. 26, Nr. 39 u. 41.

Der Bayerische Entwurf behandelt nur die mora des Schuldners. Er bestimmt in Art. 251:

> Das dem Schuldner zustehende Wahlrecht geht auf den Gläubiger über, wenn jener der rechtskräftigen Verurtheilung zur Erfüllung der Verbindlichkeit innerhalb der ihm vom Richter festgesetzten Frist nicht nachkömmt.

III. Weitere Wirkungen der Mora.

A. Ist Schuldner in mora, so wird der Schuldinhalt perpetuirt.

Wir müssen unterscheiden:

Hat der Schuldner die Wahl, so ist beides perpetuirt, wenn utrumque in obligatione ist;

und etwa keines, wenn der Gegenstand der Obligation vor der Wahl als unbestimmt gilt? Durchaus nicht. Denn für diese Unbestimmtheit ist der Schuldner verantwortlich. Daher werden doch auch nach dieser Theorie beide Gegenstände der Alternative als perpetuirt gelten müssen.

Hat der Gläubiger die Wahl, so wird beides perpetuirt, wenn beides in obligatione ist und beides auch angeboten worden.

Ist derjenige Gegenstand Object der Obligation, der gewählt wird, dann ist eben auch dieses eine perpetuirt.

Der Bayerische Entwurf bestimmt hier:

> Art. 258. Ist die Unmöglichkeit der einen Leistung ohne Schuld des Gläubigers oder Schuldners eingetreten, nachdem der Schuldner in Verzug gekommen, so findet die Bestimmung des Artikels 254 Anwendung.
>
> Art. 254. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der einen Leistung verschuldet, so kömmt, wenn er der Wahlberechtigte ist, die Bestimmung des Art. 253, Abs. 1 zur Anwendung. Ist der Gläubiger wahlberechtigt, so kann er entweder die andere Leistung oder Schadensersatz für die unmöglich gewordene fordern.
>
> Art. 253. Ist die eine von zwei wahlweise geschuldeten Leistungen durch Zufall unmöglich geworden, so besteht die Verbindlichkeit als einfache in der Art fort,

dass nur die andere Leistung von dem Gläubiger, von dem Schuldner bewerkstelliget werden kann.

Die Behandlung der mora entspricht hier derjenigen der culpa. (S. oben.)

B. Ist der Gläubiger in mora, so ist zu unterscheiden:

Hat der Schuldner die Wahl, so wird er frei, wenn der von ihm gewählte Gegenstand untergeht.

L. 105 de V. O. 45.1.

Hat der Gläubiger die Wahl, so kann es ja sein, dass er sein Forderungsrecht ganz einbüsst, wenn man nämlich die Bestimmungen über die Optio zur Anwendung bringt;

lässt man dagegen das Wahlrecht auf den Schuldner übergehen, dann greifen die Bestimmungen über die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners ein.

Die Preussische Jurisprudenz schwankt, wie wir gesehen, zwischen Uebergang der Wahl auf den Schuldner und Vornahme derselben durch das Gericht. Wenn der vom Gericht gewählte Gegenstand nicht angenommen wird und später untergeht, so wird der Schuldner selbstverständlich frei.

Der Bayerische Entwurf bestimmt:

> Art. 258. Ist der Gläubiger mit der Annahme der Leistung im Verzuge, so ist in solchem Falle (wenn der Gegenstand casuell untergeht) der Schuldner, wenn er wahlberechtigt ist, von seiner Verbindlichkeit befreit.
>
> Ist der Gläubiger wahlberechtigt, so ist die Bestimmung des Art. 255, Absatz 2 anzunehmen.
>
> Art. 255, Abs. 2. Ist der Gläubiger wahlberechtiget, so wird die unmöglich gewordene Leistung als von ihm gewählt und vom Schuldner bewerkstelliget angesehen.

Einfluss des Irrthums auf die Wahl.

Höchst merkwürdig ist es, wie die beiden herrschenden Theorieen in ihrem Gegensatze zur Geltung kommen in der

Lehre von dem Einfluss des Irrthums auf die Wahl. Es kommen hier folgende Fälle in Betracht:

1. Der Schuldner hält sich für einfach verpflichtet, während er alternativ verpflichtet ist. Darf er den geleisteten Gegenstand zurückfordern?

Nach der einen Anschauung hat er doch nur geleistet, was er wirklich schuldete: von einem Rückforderungsrechte kann daher nicht die Rede sein.

Vertreter dieser Ansicht ist Celsus l. 19 de legatis II.

Die entgegengesetzte Anschauung führt zu entgegengesetzten Consequenzen. Schuldobject wird nur was gewählt wird. Was gewählt ist ist aber nicht geleistet, was geleistet nicht gewählt. Dem Schuldner muss unbedingt die condictio indebiti gestattet werden.

Dies ist die Meinung von Julian, l. 32 §. 3 de cond. indeb. 12.6.

2. Der Schuldner hält sich für cumulativ verpflichtet und leistet beide Gegenstände.

Unzweifelhaft ist hier ein Gegenstand zu viel geleistet, und unzweifelhaft hat hier der Schuldner das Recht den einen von den zwei geleisteten Gegenständen zurückerstattet zu erhalten. Wer soll aber die Wahl haben? der frühere Schuldner oder der frühere Gläubiger?

Ist utrumque in obligatione, so ist folgende Argumentation möglich. Von keinem der beiden geleisteten Gegenstände kann der frühere Schuldner behaupten, es sei ein indebitum. Er muss daher seine condictio alternativ anstellen. Der frühere Gläubiger muss dagegen wohl oder übel anerkennen, dass er einen Gegenstand zu viel erhalten und hat nun das Recht und die Pflicht der Wahl des zurückzugebenden Gegenstandes.

Dieser Ansicht sind hier Celsus, Marcellus und Ulpian.

l. 26 §. 13 de cond. indeb. 12.6.

l. 10 C. de cond. indeb. IV.5.

Ist dagegen nur dasjenige als Schuldobject anzusehen,

was wirklich gewählt ist, so muss die Wahl nothwendig dem frühern Schuldner zugesprochen werden, denn nur derjenige von den geleisteten Gegenständen ist debitum, der von dem Schuldner als debitum anerkannt ist.

Das ist die Ansicht von Julian und mit ihm von Papinian.
l. 10 C. de cond. indeb. IV. 5.

Dieser letztern Ansicht schliesst sich Justinian selber an.
l. 10 C. eod.

Wir können der Entscheidung Justinians nur beistimmen. Entspricht sie nicht am besten der Natur der condictio indebiti, welche berufen ist, nach Möglichkeit den status ante errorem wieder herzustellen? . . ." [8])

Prinzipiell steht die Mehrzahl der modernen Gesetzgebungen auf dem Standpunkte von Paulus und Papinian.

So namentlich die Französische Jurisprudenz.
Dalloz s. v. obligationis No. 1325. 5502.
Toullier Cours T. 6, No. 692.
Demolombe Cours T. 26, No. 54. 56. 57.

Das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch und die Oesterreichische Jurisprudenz. Art. 1436.
Vgl. dazu Kirchstetter, Commentar zum Allg. Bürg. Gesb. ad Art. 1431—1436.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. §. 1525.

Das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht AA. 3684 und 2927.

Allerdings begegnen uns hie und da Inconsequenzen. So z. B. in dem Falle, wenn Jemand, der alternativ verpflichtet ist, sich für cumulativ verpflichtet hält und beide Gegenstände nicht gleichzeitig, sondern successiv leistet. Die Französische Jurisprudenz sieht nur im zweitgelieferten Gegen-

---

[8]) Vgl. Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen, Abtheil. I, pp. 60 ff.

stande ein indebitum, giebt also ein Rückforderungsrecht nur auf dieses.

Vgl. Dalloz und Toullier l. c.

Ganz isolirt steht das Preussische Landrecht da, welches in dem Falle, wo der alternativ Verpflichtete beide Gegenstände irrthümlich leistet, die Wahl des zurückzugewährenden Gegenstandes dem Gläubiger giebt.

A. L. R. I, 16 §. 192.

Obwohl das Preussische Landrecht sich hiermit auf den Standpunkt des Celsus gestellt hat, hat die Preussische Jurisprudenz die Entscheidung doch nicht als eine principielle behandelt. In dem Falle, wo der alternativ Verpflichtete sich für einfach verpflichtet hält, soll ihm die Rückforderung der geleisteten Sache nicht versagt werden.

Koch, Recht der Forderungen, Bd. III §. 259.

Schlusswort.

I.

Werfen wir einen Blick zurück auf die Parallele der in Bezug auf die Alternativobligation geltenden Rechtssätze, so ist es sofort klar, dass eine principiell verschiedene Auffassung der alternativen Geschäfte die modernen Rechtssysteme in zwei entgegengesetzte Lager scheidet.

Auf der einen Seite steht das Preussische Recht, nach welchem die Alternativobligation wesentlich eine Wahlobligation ist, eine Obligation, in welcher die Wahl ein essentiale ist, wo die Unmöglichkeit der Wahl die Aufhebung der Obligation herbeiführen kann;

auf der andern Seite die Rechtssysteme, in denen nach dem Vorgang des Römischen Rechts die Wahl nur eins der Mittel ist, durch welche die Alternative gehoben, Bestimmtheit an Stelle der Unbestimmtheit gesetzt, die Obligation vereinfacht wird.

Die beiden entgegengesetzten Anschauungen werden combinirt im Oesterreichischen Recht.

Dürfen wir nun wohl fragen, welche von den beiden Grundanschauungen Recht hat? Ich glaube kaum. Würde nicht schon die Fragestellung stillschweigend der einen oder andern von diesen Grundanschauungen exclusiv absolute Gültigkeit vindiciren? Was giebt uns aber das Recht, eine solche exclusive Geltung vorauszusetzen?

Ist es nicht eher wahrscheinlich, dass dem Preussischen Gesetzgeber andere Rechtsfälle vorschwebten, als dem Römischen Juristen? und dass die entgegengesetzten Rechtsprincipien nur der Ausdruck der entgegengesetzten Natur der Rechtsverhältnisse sind, die rechtlich zu reguliren waren?

Das Römische Recht geht von der Anschauung einer einseitigen Obligation aus: der Stipulation. Daran schliessen sich zweiseitige Obligationen, in denen für eine einfache Leistung verschiedene Gegenleistungen alternativ versprochen werden. Ich stipulire Stichum aut decem. Ich kaufe für Hundert Stichum aut Pamphilum. In solchen Fällen liegt es nahe, die alternativ versprochenen Gegenstände als gleichwerthig, als sich gegenseitig ersetzend anzunehmen. Geht der eine Gegenstand unter, so darf die Obligation sich ohne Weiteres auf den übrig gebliebenen Gegenstand concentriren.

Denken wir uns aber eine zweiseitige Obligation, in welcher zwei verschiedene Rechtsgeschäfte alternativ combinirt sind. Ich kaufe für Hundert die Sache A oder für Zweihundert die Sache B. Ich kaufe für Hundert die Sache A oder verkaufe für Zweihundert die Sache B. Kann hier von Gleichwerthigkeit, von Ersetzbarkeit die Rede sein? Eine jede von den zwei Alternativen ist für ganz verschiedene Conjuncturen berechnet. Nur die Wahl kann bestimmen, ob die Conjuncturen eingetreten sind. Ist die Wahl unmöglich geworden, so muss der Wähler das Recht haben, zurückzutreten. Das Geschäft ohne Weiteres hier auf die möglich gebliebene Alternative concentriren, hiesse dem, bei-

den Parteien bewussten, Zweck des Geschäfts ins Gesicht schlagen.

Man denke auch an die Börsenwahlgeschäfte und setze den Fall, dass das eine von den wahlweise gekauften oder verkauften Papieren während der Schwebe des Geschäfts aus dem Verkehr gezogen wird.

Für Fälle dieser Art ist das Preussische Princip unbedingt richtig.

In Fällen dieser Art wird es auch unmöglich sein, einen dispositiven Satz darüber aufzustellen, welcher von den beiden Parteien in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung die Wahl zustehen soll. In diesem Falle ist die Alternative auf beiden Seiten gleich. Jeder ist alternativ Gläubiger und alternativ Schuldner. Ist keine Vereinbarung darüber getroffen, wer Wähler sein soll, so ist das Geschäft unvollständig und wirkungslos.

Schwerlich hätte die Nothwendigkeit dieses Rechtssatzes dem Preussischen Recht entgehen können, wenn dasselbe sich überhaupt über die zu regulirenden Lebens- und Rechtsverhältnisse grössere Klarheit verschafft hätte.

Das Rücktrittsrecht des Wählers im Fall der Unmöglichkeit der Wahl oder der Verkümmerung derselben in Folge der Verkleinerung des Kreises der Wahlobjecte ist der unzweifelhafte Beweis, dass die Alternative hier im Interesse des Wählers gedacht ist. Das jus variandi konnte daher im Preussischen Rechte keine Stelle finden.

Das Oesterreichische Recht hat das Verdienst, die Berechtigung der Preussischen Grundsätze anerkannt zu haben. Es hat aber auch noch, wie wir bereits gesehen, das weitere Verdienst, erkannt zu haben, dass diese Grundsätze nur eine relative Berechtigung haben, nur für gewisse Fälle begründet sind, dass dagegen für andere Fälle die Herrschaft der Römischen Principien unangefochten bleiben müsse.

Wie aber sollte die Demarkationslinie gezogen, das Geltungsgebiet der verschiedenen Gebiete bestimmt werden? Diese

Aufgabe musste dem Gesetzgeber sich aufdrängen. Der Lösung derselben hat er sich aber leider nicht gewachsen gezeigt.

In den Fällen, in denen die Wahl nicht ausdrücklich ausbedungen ist, in denen also Wähler derjenige ist, den das Gesetz dazu bestimmt, soll das Römische Princip gelten.

Ist dagegen die Wahl ausdrücklich ausbedungen, so soll die Wahl als essentiale angesehen werden, die Unmöglichkeit oder Einengung der Wahl als Grund zum Rücktritt gelten.

Ist wohl ein nothwendiger innerer Zusammenhang zwischen Voraussetzung und Rechtsfolgen hier zu entdecken? Mehr als eine formalistische Buchstaben-Interpretation, welche sich pedantisch an den Ausdruck der Wahlüberlassung hält, können wir in dieser Unterscheidung nicht sehen.

Der Gesetzgeber muss es im Allgemeinen dem Richter überlassen, zu entscheiden, ob die Wahl als essentiale gemeint ist oder nicht. Als sicheres Criterium der Partei-Intentionen erkenne ich nur das eine: ob ein gegenseitiges Vertragsverhältniss vorliegt, in welchem Leistung und Gegenleistung beide alternativ gefasst sind oder nicht.

II.

Von den modernen Gesetzgebungsarbeiten war nur der Sächsische Entwurf dem Oesterreichischen Rechte gefolgt. Allein ein eifriger Protest von Wächter im Namen der Natur der Sache führte eine Umkehr zur Romanistischen Rechtgläubigkeit herbei. Da sehen wir es, wie auch ein grosser Jurist oft ein Gefangener der Anschauungen ist, in die er sich durch Jahre langes Studium eingelebt hat. Denn was der Romanist hier die Natur der Sache heisst, ist doch nur des Romanisten eigener Geist, in dem die Dinge sich bespiegeln.

C. G. v. Wächter, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Leipzig 1853, pp. 138 ff.

Die übrigen modernen Gesetzgebungen stehen exclusiv

auf dem Boden des Römischen Rechts. Die Wahl ist nur eines der Mittel der Lösung der Alternative.

Sie zerfallen indess in zwei Gruppen.

Die eine denkt die Alternative als im Interesse beider Parteien gesetzt. So namentlich der Code und die Gesetzgebungen, die dem Code gefolgt sind: die Französische Jurisprudenz hat das jus variandi vom Römischen Recht geerbt. Der Code ist nur noch consequenter als das Römische Recht, wenn er die oblatio aestimationis ausdrücklich verbietet.

In den Augen der übrigen Gesetzgebungen besteht die Alternative wesentlich im Interesse des Wählers. So im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, im Provinzialrecht der Ostseeprovinzen, im Bayerischen Entwurf. Die einfache Erklärung des Wählers concentrirt die Obligation auf das gewählte Object.

Das Römische Recht selbst war weitherziger gewesen. Es hatte beide Fälle als möglich angesehen und je nach der Intention der Parteien das jus variandi gewährt oder genommen.

Mag es auch in dubio unseren modernen Rechtsanschauungen näher liegen, die Wahl im Interesse des Wählers zu deuten, der entgegengesetzte Fall ist immer möglich und müsste daher auch vom Gesetzgeber berücksichtigt werden.

Das unterscheidende Kriterium, welches das Römische Recht für die zwei verschiedenen Fälle hier aufstellt — die ausdrückliche Einräumung der Wahl — ist wesentlich dasselbe, welches später das Oesterreichische Recht zu einem andern Zweck verwendet hat und ist für uns nicht zu brauchen. Wir werden wohl dem richterlichen Ermessen manches überlassen müssen.

III.

Nicht bloss diese Gegensätze, wie wir wissen, entzweien die geltenden Rechtssysteme.

Mehr oder weniger consequent oder inconsequent durchgeführt, finden wir überall die zwei Theorieen der suspen-

siven und resolutiven Pendenz wieder. Ich erinnere nur an die Lehre vom Einfluss des Irrthums auf die Wahl, von den objectiven Voraussetzungen der Wahl, vom Einfluss des Casus und der Culpa u. s. w.

In der Frage nach den objectiven Voraussetzungen der Wahl steht z. B. der Code, wie wir gesehen, auf dem Standpunkt der resolutiven Pendenztheorie. Zur entgegengesetzten Theorie bekennt er sich in der Frage vom Einfluss der Culpa.

Aehnliches setzt der Bayerische Entwurf, vergleiche Art. 253 und 254, obwohl derselbe die suspensive Pendenztheorie mit Retrotraction zum Gesetze erhoben haben will.

Art. 261 und Motive dazu.

IV.

Ein weiterer Gegensatz ist auch dadurch entstanden, dass einige Gesetzgebungen gewisse für negotia stricti juris berechnete Grundsätze des Römischen Rechts acceptirt haben, andere von der Natur des bonae-fidei -Vertrages ausgegangen sind: so in der Lehre von der Person des Wahlberechtigten, in der Lehre von der Wahl eines Dritten.

Am freiesten stehen, wie wir sehen, dem Römischen Recht gegenüber das Preussische und das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch.

Unter den übrigen Gesetzgebungen, die wesentlich das Römische Grundprincip adoptirt haben, ist dem Römischen Recht vielleicht am strengsten gefolgt das Französische Recht.

Manche Fort- und Neubildungen enthalten die modernen Deutschen Gesetzgebungsarbeiten: das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, der Bayerische Entwurf.

Hoffen wir, dass das künftige Deutsche Civilgesetzbuch auch auf diesem Gebiete die Erzeugnisse des modernen Rechtsgeistes zur Anerkennung bringen wird.

XI.

Die Gerichtsscene im Schild des Achill, Ilias XVIII, 497—508.

Von

Dr. **A. Hofmeister** in Rostock.

Es mag wohl kaum eine zweite Stelle nicht nur im Homer, sondern in den gesammten altclassischen Schriftstellern geben, welche bei Abwesenheit aller hervorragenden kritischen und grammatischen Schwierigkeiten so verschiedene sachliche Deutung erfahren hat wie die Gerichtsscene im 18. Buche der Ilias V. 497—508. Bei der Wichtigkeit, welche diese Stelle für die Kenntniss der Rechtsanschauungen und der Rechtspflege im Zeitalter Homers hat, dürfte es von Interesse sein, die verschiedenen Auslegungen neben einander zu stellen und ihre grössere oder geringere Berechtigung einer Prüfung zu unterziehen. In der Hauptsache kann man zwei Erklärungen unterscheiden, je nachdem die wichtigsten Verse 498—501 übertragen und interpretirt werden. Nach der einen sind die Worte

> . . . δύο δ᾽ἄνδρες ἐνείκεον εἵνεκα ποινῆς
> ἀνδρὸς ἀποφθιμένου· ὃ μὲν εὔχετο πάντ᾽ ἀποδοῦναι,
> δήμῳ πιφαύσκων, ὃ δ᾽ἀναίνετο μηδὲν ἑλέσθαι·

wiederzugeben: „Zwei Männer stritten wegen der Sühne für einen Getödteten; der eine berühmte sich, alles gegeben zu haben, indem er sich zum Volke wendete, der andere aber

leugnete, irgend etwas empfangen zu haben.“ Diese Auslegung ist die älteste und bis vor verhältnissmässig kurzer Zeit unbestritten geblieben. Sie findet sich sowohl in den Venetianischen Scholien, die sicher sehr werthvolle Reste der Alexandrinischen Ueberlieferung enthalten, als auch bei dem jüngeren Philostratus (Imagines 10, *Πύῤῥος ἢ Μυσοί*) und bei Eustathius. Hieraus übernahmen sie die lateinischen Uebersetzungen des 15. Jahrhunderts und alle späteren Commentatoren. Noch bei Heyne und Koepke lässt sich keine Spur des Vorhandenseins einer anderen Deutung erkennen und von den neuesten Erklärern Homers steht die Mehrzahl, beispielsweise Clemens, de Homeri clipeo Achilleo, Bonn 1844, Friedreich [1]), Doederlein [2]), Fäsi und in allerneuester Zeit Ebeling im Lexicon Homericum auf demselben Standpunkt.

Die zweite Auslegung ist unserem Jahrhundert entstammt und wahrscheinlich zuerst von Münscher [3]) aufgestellt worden. Danach heissen die obigen Verse: „der eine gelobte alles zu geben, zum Volke sich wendend, der andere aber weigerte sich, irgend etwas zu nehmen.“ Gebilligt wurde diese Deutung von Passow in seinem Wörterbuch s. v. *ἀναίνομαι*, von Ebeling im Schulwörterbuch zu Homer ebenda und von La Roche in seiner Schulausgabe der Ilias; auch Ameis scheint sie für richtig gehalten zu haben, wie aus seiner Uebersetzung des *ἀναίνεσθαι* durch repudiare (Anm. zu Od. XIV, 149) hervorgeht.

Wir sehen, wie durch diese Erklärung die Sache eine ganz andere wird; äussere Gründe aber, etwa den Sprachgebrauch des Dichters, zur Entscheidung heranziehen zu wollen, ist völlig aussichtslos. Lexicalisch und grammatisch ist jede der beiden Interpretationen vollkommen gerechtfertigt; *εὔχεσθαι*

---

[1]) Die Realien in der Iliade und Odyssee, Erlangen 1851, 2. Aufl. 1855. 56.

[2]) Homerisches Glossar, 3 Theile, Erlangen 1850. 58.

[3]) Allgemeine Schulzeitung, Jahrg. 1829, Bd. II, pag. 579. Leider war der Aufsatz nicht zur Hand; das Citat nach Clemens und Doederlein.

wird in gleicher Weise in Bezug auf die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft gebraucht; ἀναίνεσθαι, dem Buttmann[4]) in etwas zu weit getriebener Präcision die Medial-Bedeutung „ich verneine in Bezug auf etwas meiniges, d. h. ich verweigere“ vindicirt, kann an Stellen wie Il. IX, 116

ἀασάμην, οὐδ' αὐτὸς ἀναίνομαι

gar nicht anders übersetzt werden, als durch ableugnen, obgleich sich nach Passows Behauptung diese Bedeutung nur bei Späteren finden soll. Dass der Infinitivus Aoristi ohne jedes Bedenken auch für das Futurum stehen kann, bedarf keiner besonderen Erwähnung. In Folge dieses merkwürdigen Zusammentreffens sind wir genöthigt, uns nach anderen Kriterien umzusehen, mit deren Hülfe das eigentliche Streitobject bestimmt werden kann. Das Alter der ersten Deutung, sonst ein so werthvolles Argument, kann hierbei ganz und gar nicht in Betracht kommen. So gross und unbestritten auch die Autorität der Venetianischen Scholien und des Eustathius ist in allem, was auf Textesüberlieferung und auf die Schilderung von Zuständen und Gebräuchen, wie sie in historischer Zeit in Griechenland herrschten, Beziehung hat, so viel Beachtung Philostratus verdient als der älteste uns unmittelbar überlieferte Paraphrast des Schilds des Achill, so wenig wird man leugnen können, dass ihre Kenntniss von dem heroischen, speciell Homerischen Zeitalter schwerlich genauer war als die unsrige. Dieselbe Quelle, aus welcher Aristarch und Zenodot, Philostratus und Eustathius schöpften, sprudelt uns noch heute in derselben Klarheit und Mächtigkeit in den Homerischen Epen selbst. Was will da ein zeitliches Näherstehen von 700 Jahren, wenn wir Eustathius, von 1600, wenn wir Philostratus, ja sogar von 1900, wenn wir die Alexandriner annehmen, viel bedeuten, wo es sich selbst bei den letzteren noch um eine ziemlich tausendjährige, in das Dunkel der Sage gehüllte Vorzeit handelt?

---

[4]) Lexilogus II, pag. 272.

Wir müssen daher versuchen, unbeeinflusst von den Vorgängern die fragliche Stelle aus sich selbst zu erklären.

Zu allererst muss jedem auffallen, dass Homer aus dem Thema:

. . . δύο δ᾽ ἄνδρες ἐνείκεον εἵνεκα ποινῆς
ἀνδρὸς ἀποφθιμένου

nichts anderes gemacht haben sollte als eine gewöhnliche Schuldklage[5]). Hätte der Dichter irgend eine andere der geltend gemachten Forderung entsprechende Redensart gebraucht, so wäre der Rechtsfall offenbar genau so gut und nach der hergebrachten Deutung besser individualisirt gewesen als durch die *ποινὴ ἀνδρὸς ἀποφθιμένου*. Da diese jedoch einmal dasteht, erwartet man natürlich das Ganze in diesem Sinne durchgeführt zu sehen. Das geschieht aber nach der landläufigen Erklärung keineswegs und wir erleben hier, dass die Commentatoren, während sie sonst hinter jedem noch so unschuldigen Worte eine tiefere Bedeutung suchen, gar nicht zu bemerken scheinen, welche Ungeschicklichkeit sie dem Dichter unterschieben, indem sie ihn durch ihre Auslegung ein wirkungsvolles, interessantes Thema anschlagen und doch nur zu einer trivialen Schuldklage ausnutzen lassen. Doederlein[6]) scheint zu merken, dass da etwas nicht richtig ist; er übergeht darum den Gegenstand der Sühne in seiner Darstellung völlig und hält sich nur an die Eigenthumsklage; Clemens (in der oben angeführten Schrift) zieht sogar, wie wir weiter sehen werden, die nothwendige Folgerung, bekämpft sie aber, da er in der alten Auffassung befangen ist.

Die zweite, neue Deutung dagegen erfüllt alle Ansprüche auf consequente Durchführung des Gedankens. Ein Mann ist getödtet; der Schuldige will eine *ποινή* geben und zwar ist er

[5]) Ob Schuldklagen bei Homer überhaupt denkbar sind, steht wohl noch keineswegs fest. Schuldforderungen sind erwähnt Od. III, 366, ohne Angabe der Entstehung, Il. XI, 685 sqq., Od. XXI, 17 als Entschädigungsansprüche wegen Räubereien.

[6]) Homerisches Glossarium, Bd. II, pag. 10.

bereit, alle Forderungen des Gegners zu erfüllen, was er öffentlich erklärt (δήμῳ πιφαύσκων). Der Gegner, wie voraus-zusetzen ist, der nächste Verwandte des Erschlagenen, will davon nichts hören. Er verweigert kurzweg, die ποινή anzunehmen, wozu ihn auch [7]) niemand zwingen konnte. Der Grund der Nichtannahme ist natürlich die Absicht, sich das Recht der Vergeltung zu wahren, und so bedingt die Weigerung für den Schuldigen fortwährende Lebensgefahr oder freiwillige Verbannung. Das sah Clemens recht wohl; er sagt a. a. O. pag. 16: „si ille, qui occisi viri partes tuetur, omnem ποινήν negaret, mortis poenam alteri deberet intendere," setzt aber sofort hinzu: „cujus rei hic nullum exstat vestigium." Dem gegenüber stehe ich nicht an, das Vorhandensein solcher Spuren zu behaupten. Einestheils ist diese Ausführung allein dem Thema, dem Streit um die ποινὴ ἀνδρὸς ἀποφθιμένου an-gemessen, anderentheils aber lässt die Haltung der beiden Parteien, sowie die des Volkes recht wohl erkennen, dass eine Sache von weiter gehendem Interesse verhandelt wird als die blosse Nichterfüllung einer übernommenen Zahlungsverpflich-tung. Nur von dem Schuldigen wird die directe Wendung an das Volk berichtet, nicht von seinem Gegner. Der Todt-schläger sucht um jeden Preis der Rache zu entgehen und ruft das Mitgefühl des Volkes für sich auf, während der Vertreter des Todten auf seinem Rechte der Wiedervergeltung besteht. Endlich kommen beide überein, durch Berufung auf einen ἵστωρ zum Schluss zu gelangen.

Was ist nun dieser ἵστωρ? Das Wort an sich bedeutet allgemein einen Kundigen; ein solcher kann Zeuge, ein solcher kann Schiedsrichter sein. Es ist nun wirklich merkwürdig, wie behutsam die alten Erklärer der Bedeutung Schiedsrichter, die sie Il. XXIII, 486 als selbstverständlich annehmen müssen, hier aus dem Wege gehen und sie entweder, wie scholia

---

[7]) Nach Il. IX, 632, verglichen mit Il. II. 662 sq.; XIII, 696; XV. 432; XVI, 573; XXIII, 85. Od. XXII, 60.

Veneta B ganz unterdrücken oder wie schol. Ven. A und Eustathius erst an zweiter Stelle beiläufig anführen. Ohne wie Doederlein Hom. Gloss. II p. 9 darauf Gewicht zu legen, dass es schwer denkbar sei, dass dasselbe Wort bei einem Dichter bald den Richter, bald den Zeugen bedeutet habe, ist die Uebersetzung Zeuge allein hier völlig unpassend. Selbst wenn man den Singular collectiv oder, wie Doederlein missbilligend erwähnt, = suum uterque testem auffassen könnte, bleiben die alten Schwierigkeiten bestehen. Nehmen wir zuerst die althergebrachte Deutung des Streites an, so ist V. 501

ἄμφω δ' ἱέσθην ἐπὶ ἴστορι πεῖραρ ἑλέσθαι

geradezu widersinnig. Durch Zeugen lässt sich nur die positive Behauptung erhärten, nicht aber die negative, wenn also beide nach einem ἵστωρ verlangen, kann das kein Zeuge sein. Das gleiche Bedenken bleibt auch, wenn wir die neuere Deutung zu Grunde legen. Hier ist gar kein Platz vorhanden, wo ein Zeuge untergebracht werden könnte; weder wenn der Schuldige etwas verspricht, noch wenn dessen Gegner etwas verweigert, ist an einen Zeugen zu denken, zumal bei der Oeffentlichkeit des Streites. Diese Uebersetzung kann also ruhig als unpassend verworfen werden, so dass nur noch ἵστωρ = Schiedsrichter übrig bleibt. Bei der ersten Auslegung ist aber auch dies nicht zu brauchen; in dem hier vorausgesetzten Falle handelt es sich um den Beweis der geschehenen Zahlung, der in jenem quittunglosen Zeitalter nur durch Zeugen beizubringen war. Den durch die zweite Uebertragung gegebenen Voraussetzungen entspricht dagegen die Wahl eines Schiedsrichters vollkommen. Beide Parteien, jede natürlich in der festen Ueberzeugung, im Rechte zu sein, einigen sich dahin, einem erfahrenen Manne die Entscheidung zu überlassen, ob im vorliegenden Falle eine Sühne durch Geld und Geldeswerth zulässig, oder ob nur die Preisgebung der Person des Thäters der Schwere der Blutschuld angemessen sei. Auch der weitere Verlauf der Sache bietet nichts dar, was sich dagegen einwenden liesse. Schliesst schon V. 500, δήμῳ πιφαύσκων einen

Appell an das Volk ein, will der Thäter die Menge für sich gewinnen und so den Gegner durch das Gewicht der öffentlichen Meinung zur Nachgiebigkeit bewegen, so findet sich das Eingreifen des Volkes nun V. 502 geschildert. Der älteren Auslegung zufolge haben wir uns zu denken, dass die Anwesenden, blos dem augenblicklichen Zuge nachgebend, dem einen und dem anderen beifällig zurufen und so als ἀμφὶς ἀρωγοί (= βοηθοί Scholia) nach Art der Eideshelfer sich für die grössere Glaubwürdigkeit des einen oder des anderen erklären. Offenbar ist diese Schilderung vollständig aus dem Leben gegriffen und kann sich noch heute ebenso ereignen. Sie verliert aber, auf die neuere Erklärung bezogen, nicht nur nicht das geringste an Naturwahrheit, sondern gewinnt noch bedeutend an Tiefe. Statt der rein äusserlichen, zufälligen Gründe für die Parteiergreifung sind es jetzt ethische Momente, welche die getheilte Stimmung der Menge hervorrufen. Wir sehen den Kampf der alten urwüchsigen Rechtsanschauung, die nur die Wiedervergeltung, die Blutrache, kennt und billigt, mit der jüngeren, milderen, welche auch eine andere Sühnung zulässt, in den Zurufen des Volkes sich aussprechen. Der Tumult wächst und droht jede Entscheidung unmöglich zu machen, als sich die κήρυκες ins Mittel legen und den Platz räumen für die γέροντες, welche in der Mitte an gefreiter Stätte — ἱερῷ ἐνὶ κύκλῳ — auf ihren Steinsitzen Platz nehmen, unbekümmert um das Volk, welches ausserhalb des Ringes fortfährt, sich für und wider zu ereifern, voraussichtlich aber bald seine Aufmerksamkeit den Reden der γέροντες zuwendet. Diese selbst, die Aeltesten, führen als Zeichen ihrer richterlichen Gewalt die Stäbe der Herolde; mit diesen erheben sie sich und sprechen einer um den andern ihre Ansicht aus. Soweit ist alles in Ordnung, und doch enthalten diese Verse Schwierigkeiten, die sich der Erklärung beinahe noch mehr entziehen als die Feststellung des Streitobjects. Wo kommen die γέροντες mit einem Male her? Worüber berathen sie? In welchem Verhältnisse stehen sie zu dem ἴστωρ? Homer

bleibt uns die Antwort darauf schuldig. Die Parteien haben einen Schiedsrichter verlangt, nicht einen Gerichtshof. Aristoteles scheint [8]) die γέροντες in ihrer Gesammtheit dem ἵστωρ gleichzusetzen, Philostratus übergeht sie, Eustathius sagt sogar: *οἱ δὲ ἀμφοτέρωθεν ἐπηπύοντες ἀρωγοὶ λαοὶ δικηγόροι ὡς εἰκός εἰσιν ἢ καὶ κοινὸς ὄχλος, ὁποῖα τὰ τῶν δημοκρατουμένων.* Er denkt sich also wahrscheinlich die Sache so, dass durch das Einschreiten der Herolde die eben noch ungeordnete Masse sich plötzlich zu einer geordneten Gerichtsversammlung constituirt. Doederlein im Glossar I, p. 20 stimmt der Ansicht von Lucas [9]) bei, nach welcher die Herolde die äussere Ordnung herstellen und die entfernt davon sitzenden Richter veranlassen hinzuzutreten und über den vorliegenden Fall zu entscheiden. II, p. 10 setzt Doederlein hinzu: „nur Einer ist der eigentliche Richter, ἵστωρ, qui jura reddit; die γέροντες sind Beisitzer.“ Er ordnet sie also dem ἵστωρ unter. Sehen wir von der Erklärung des Auftretens der γέροντες, wie sie Lucas infolge irrthümlicher Auffassung des τοῖσιν ἔπειτ' ἤισσον (= mit diesen, den Stäben, eilten sie herbei) giebt, ganz ab, so hat die Meinung Doederlein's noch die grösste Wahrscheinlichkeit für sich, indem durch sie die beiden anderen Fragen mit erledigt werden und gleichzeitig eine vierte, welche sich bei der Betrachtung der letzten zwei Verse aufdrängt, nämlich wem wohl die Entscheidung über die

> . . . δύω χρυσοῖο τάλαντα,
> τῷ δόμεν, ὃς μετὰ τοῖσι δίκην ἰθύντατα εἴποι

in letzter Linie zusteht. Diese zwei Talente Goldes aber, was sind sie und wozu sind sie bestimmt?

Das eine kann wohl als zweifellos angenommen werden,

---

[8]) Nach einer von Ernesti ad h. loc. nach Sam. Clarke angeführten Stelle aus den Büchern de republica, die aber in der Ausgabe von Susemihl, Lipsiae 1872, nicht aufzufinden war.

[9]) C. W. Lucas, Zu einigen Bildern auf dem homerischen Schilde des Achill. Progr. von Emmerich, 1843.

dass sie von den Parteien gestellt sind. Eustathius widerspricht sich selbst; p. 1155,1 [10]) sagt er geradezu: *τὸν φόνον δὲ οὐ ποινή, τουτέστι πρόςτιμον, δύο τάλαντα τέθειται, ἀκούσιον εἶναι νοεῖ*, p. 1158, 9 dagegen *κεῖται δὲ καὶ μισθός, ὡς προεῤῥέθη, δικαστῇ τὰ δύο τοῦ χρυσοῦ τάλαντα δικαιοκρισίας ἆθλον, ἐπὶ δικαιοσύνην προκαλούμενα. εἰ μή τι ἄρα ἢ τῷ τεχνικῶς δημηγορήσαντι δικηγόρῳ κεῖνται μισθὸς κατὰ τοὺς παλαιοὺς κτλ.* Die Scholien fassen es entweder als *δικαστικόν* oder als Strafe für den Unterliegenden; Philostratus als *μισθὸς τῷ ὀρθῶς ἐκδικάσαντι*. Der Wortlaut gestattet auch hier jede dieser Deutungen, aber die vorher deponirte *ποινή* darin zu sehen verbietet der Werth eines Goldtalentes bei Homer, über den sich Eustathius wahrscheinlich selbst nicht im Klaren war. Wenngleich wir über den Betrag eines *τάλαντον χρύσου* zu damaliger Zeit völlig im Ungewissen sind, so wissen wir doch aus Il. XXIII, 267 sqq. 613 sqq., dass an eine Beziehung zu dem späteren Talent gar nicht zu denken ist. Aus der ersten Stelle ersehen wir, dass zwei Talente Goldes zwar mehr werth sind als eine Schale, aber weniger als ein neuer vier *μέτρα* fassender Kessel, folglich viel zu wenig, um als Mordsühne gelten zu können und den Ausdruck *πολλ' ἀποτίσας* Il. IX, 634 zu rechtfertigen. Bei der für den höheren Werth eines Goldtalentes gewöhnlich angezogenen Stelle Od. IV, 526 liegen die Verhältnisse auch keineswegs so, dass sie der Werthbestimmung der Ilias widersprächen. Allerdings ist da von einem Lohne die Rede, der unter gewöhnlichen Verhältnissen für die geleisteten Dienste ausserordentlich hoch sein muss: Aegisthus verspricht dem Wächter, der ihm die Ankunft des Agamemnon melden soll, zwei Goldtalente, wofür dieser ein Jahr lang nach der rückkehrenden Flotte ausschaut. Lag denn aber die Höhe des Lohnes nicht etwa schon darin, dass ausser dem zu gewährenden Lebensunterhalt überhaupt noch eine Belohnung durch eine Summe Geldes stattfand? Nirgends deutet auch

---

[10]) Die Seitenzahlen beziehen sich auf die ed. princ. Romae 1542 – 50.

nur ein Wort darauf hin, dass freie Arbeiter anders als in Naturalien bezahlt wurden, geschweige denn Sclaven.

Es würden also die zwei Talente als eine Art Ehrensold anzusehen sein für den, der am richtigsten, am überzeugendsten sein Urtheil abgibt und so in gewisser Weise den späteren πρυτανεῖα, der παράστασις, der παρακαταβολή bei den Athenern, dem sacramentum bei den Römern entsprechen. Diese Deutung ist von den meisten Erklärern angenommen und am meisten mit dem Wortlaute übereinstimmend; freilich kommt sie Heyne zu modern vor, so dass er die Stelle einem späteren Verfasser zuschreiben möchte. Wenn Clemens in der mehrfach erwähnten Dissertation pag. 17 in dem für den besten Richter ausgesetzten Preis eine Aufmunterung für die Bürger sehen will, sich eifrig an der Rechtspflege zu betheiligen, so thut er dies ohne irgend welche Begründung. Darin aber hat er vollkommen Recht, wenn er bei der sonstigen Mehrdeutigkeit der Stelle (besonders wegen des bei Homer nur hier vorkommenden δίκην εἰπεῖν, was man sowohl durch jus dicere, als auch durch causam dicere erklären könnte) darauf hinweist, dass der Superlativ ἰθύντατα in einem Falle wie hier, wo dem Comparativ gar nichts im Wege steht, naturgemässer auf mehr als zwei zu beziehen ist.

Eine dritte, auch von Eustathius angeführte Deutung, dass die zwei Talente gewissermassen als Prämie dem zuzusprechen seien, dessen Behauptung sich als wahr erwiesen habe, folglich von dem Verurtheilten als Succumbenzgelder zu zahlen seien, würde dem Wortlaut nach ebenfalls zulässig sein, dürfte aber wohl kaum einen Vertheidiger gefunden haben.

Fassen wir zum Schluss die Resultate unserer Untersuchung zusammen, so ergibt sich folgendes: Eine Blutthat ist begangen worden; der Todtschläger wünscht sich den Folgen durch Erlegung eines angemessenen Wehrgeldes zu entziehen, worauf jedoch die Angehörigen des Erschlagenen nicht eingehen wollen. Man vergleicht sich endlich dahin, einen Schiedsrichter zu wählen. Dieser, der ἵστωρ, entscheidet aber nicht aus

eigenem Gutdünken, sondern ruft erfahrene Männer herbei, die Aeltesten des Volkes, denen sonst das Richteramt zukommt. Diesen trägt er den Fall vor und hört ihre Ansicht darüber. Wessen Gutachten er nun zu dem seinigen macht und als Urtheil verkündet, dem spricht er die von den Parteien deponirten zwei Talente als δικαιοκρισίας ἆθλον zu. Noch ist die Entscheidung nicht gefallen: aufmerksam lauscht alles den Worten der ehrwürdigen Greise, besorgt sucht der Thäter, trotzig sein Gegner in den Mienen des Schiedsrichters zu lesen, kurz die ganze Scene, deren Genesis uns Homer in den besprochenen Versen geschildert hat, bietet das Bild äusserster Spannung dar. Einen Augenblick später muss der Ausspruch des Richters folgen, der uns vielleicht die meisten der oben berührten Schwierigkeiten aus dem Wege räumen, aber auch von dem eben vorgeführten Bilde nichts übrig lassen würde, als einen wirren Haufen, der nach allen Seiten hin auseinanderläuft.

Literarische Anzeigen.

Etudes sur la novation et le transport des créances en droit Romain. Par Paul Gide prof. à la fac. de droit de Paris. Paris. Larose, 1879.

Die Tendenz des vorliegenden Werkes spricht sich schon in seiner Ueberschrift aus; sie geht namentlich darauf, die enge Verwandtschaft darzuthun, welche nach R. R. zwischen der Novation und der Cession besteht, eine Verwandtschaft, welche namentlich in den Darstellungen der meisten Lehrbücher schon darum nicht gehörig hervortritt, weil beide Institute an ganz verschiedenen Orten und unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten behandelt zu werden pflegen. Referent glaubt in seinen Institutionen (§. 65) dieser Verwandtschaft durch die unmittelbare Aneinanderreihung der Novation und Cession unter der Rubrik der successiven Obligirung gerecht geworden zu sein. Wenn aber von berufener Seite (durch A. Pernice in Art. 333 der Jenaer Litt. Z. von 1879) die Anwendbarkeit jener Kategorie auf die Cession, „die ja immer Actio mandata bleibt", bestritten wird, so ist dem eine durchaus richtige Ausführung unseres Verfassers entgegenzuhalten. Von den beiden Verhältnissen der Succession und der Stellvertretung, sagt er, war eines dem R. R. fremd, aber nicht wie für Obligationen behauptet zu werden pflegt, jenes, sondern dieses. Wird durch litis contestatio der Procurator dominus litis, so ist ja durch sie ein in seiner eigenen Person bestehendes Rechts-

verhältniss an die Stelle des bisher in der Person des anderen existirenden getreten. Ce que les Romains ignoraient, sagt der Verfasser mit Recht, ce n'est pas le transfert des créances, c'est la représentation. Dass insbesondere die Novation in allen ihren Fällen Succession ist, pflegen wir uns durch die ungenaue Auffassung der Singularsuccession als eines blosen Subjectswechsels zu verdecken. Halten wir die im Begriffe des Rechtes liegende Verbindung mit seinem Subjecte fest, bedenken wir, dass das Eigenthum des A mit dem des B ebensowenig identisch ist als die Forderung des A mit der des B, dass also die Succession eine Ablösung eines Rechts durch ein anderes ist, so ergibt sich, dass in Anwendung auf Obligationen eine solche sehr wohl auch ohne Subjectswechsel denkbar ist.

Im Einzelnen handelt der Verfasser, was zunächst die Novation betrifft, mit Klarheit und Ausführlichkeit

1) de la forme de la n.,
2) de l'élément nouveau dans la n.,
3) de l'objet de la n.,
4) de l'intention de nover.

Auf diese Erörterungen folgt eine Betrachtung der litterarum obligatio, um darzuthun, dass dieselbe eine Novation nicht enthalte. Indem der Verfasser mit Keller eine doppelte Eintragung, als acceptum und expensum, annimmt, findet er den wesentlichen Unterschied der transscriptio von der novatio in der Duplicität jenes Actes, vermöge welcher bei jener die ursprüngliche Schuld nicht durch die expensilatio, sondern durch die ihr correspondirende acceptilatio getilgt sei; daher habe auch die transscriptio nie gleich der stipulatio debiti eine zweite Forderung neben der ursprünglichen schaffen können.

Im zweiten Theile seines Werkes: du transport des créances, stellt der Verfasser dem angeblich die Uebertragung der Forderungen ausschliessenden Satze: l'obligation n'est qu'un rapport entre deux personnes déterminées, treffend den anderen

gegenüber: le droit de propriété n'est qu'un rapport entre une personne et une chose, und fährt fort: Toute aliénation suppose évidemment, comme conditions essentielles, la rupture d'un certain rapport juridique et la formation d'un rapport juridique nouveau. Mit Recht macht er darauf aufmerksam, dass Gaius nicht den Begriff der Rechtsübertragung, sondern nur die Formen der Uebertragung dinglicher Rechte für unanwendbar auf Forderungen erkläre, und zieht dann zwischen der Uebertragung des Eigenthums und einer Forderung die Parallele: de même que, pour acquérir le droit de propriété, le droit sur la chose, vous devez vous mettre en contact avec la chose et vous en saisir; pour acquérir le droit de créance, le droit sur la personne, vous devez vous mettre en contact avec la personne du débiteur, et par une stipulation ou une action en justice, le lier envers vous. Dem Einwande bezüglich der Novation, dass die nova als verborum obligatio von anderer Art sei als die prior, begegnet der Verfasser gut durch Verweisung auf den fidejussor, dessen obligatio gleichfalls als eadem mit der des Hauptschuldners erachtet werde, wenngleich diese keine verborum obligatio sei. Die Cession behandelt sodann der Verfasser unter dem Titel du transport par litis contestatio. Richtig sagt er von dieser: elle pouvait, comme la novation, devenir un instrument de transfert; wenn er aber fortfährt: et par conséquent aussi un moyen de constituer un procureur, so gibt er dem römischen Gedanken, dass die Processvertretung eine Uebernahme des Processes in eigenem Namen ist, eine zu weite Ausdehnung; dominus litis wird der procurator erst durch litis contestatio; keineswegs aber wird er durch diese procurator, vielmehr tritt diese Eigenschaft gerade durch die lis, welche ihn zur Partei macht, zurück.

Für die der litis contestatio vorangehende Zeit wirft der Verfasser die Frage auf, ob die Rechtsstellung des in rem suam bestellten Vertreters sich nicht von der eines anderen unterscheide. Um die Existenz eines solchen Unterschiedes

darzuthun, geht er aus vom Verkauf einer Sache. Le contrat signé, je vous dis: „Voici mes titres; vous pourrez, quand vous le voudrez, vous mettre en possession.“ Prétendra-t-on que c'est là un mandat que je vous donne et qu'il faut vous traiter comme un mandataire? Non assurément. Eh bien! changeons notre hypothèse: ce n'est plus mon bois ou mon champ que je vous ai vendu, c'est ma créance. Le contrat signé, je vous dis: „Voici mes titres; vous pourrez, quand vous le voudrez, vous saisir de ma créance et poursuivre en justice mon débiteur.“ Pourquoi s'il n'y a pas mandat dans l'hypothèse précédente, y aura-t-il mandat dans celle-ci? Die Unrichtigkeit dieser Parallele liegt aber auf der Hand, hat denn nach römischem Rechte der in den Besitz des Kaufobjects Eingewiesene vor der Vollziehung der Besitzergreifung ein Recht an der Sache? Kann denn nicht bis zur Besitzergreifung der andere die Besitzeinweisung ebenso widerrufen, wie ursprünglich der Cedent die dem Cessionar ertheilte Vollmacht widerrufen konnte?

Scharf tritt in des Verfassers Darstellung der Wendepunkt hervor, den in der Geschichte der Cession die Gewährung einer eigenen Klage an den Cessionar bildet. Dem transport par litis c. setzt er entgegen den t. par convention. Als älteste Fälle des letzteren behandelt er das Universalfideicommiss, die Succession des bonorum emtor und das pignus nominis, sodann als Brücke von der Universal- zur Singularsuccession den Erbschaftskauf, nach dessen Analogie in der Mitte des dritten Jahrhunderts n. Chr. die utilis actio jedem Forderungskäufer verwilligt worden sei. Endlich habe Justinian die utilis actio auf den allein noch von ihr ausgeschlossenen Beschenkten ausgedehnt. Der blose Vertrag habe jetzt genau dieselbe Wirkung hervorgebracht wie früher die Novation oder Litiscontestation. So führt uns der Verfasser in grossen Zügen mit Geschick und Klarheit die Geschichte der Cession vor, jedoch so, dass ein höchst wesentliches Element derselben von ihm gar nicht berührt wird: die Denunciation. Weder

wird der Bedeutung gedacht, welche die Denunciation innerhalb des Systems der mandata actio erlangt, noch derjenigen, welche auch im Systeme der utilis actio ihr verbleibt; insbesondere wird für den Begriff und die Bedeutung des transport par convention die schwerwiegende Thatsache nicht gewürdigt, dass keineswegs schon durch die Cession, sondern erst durch die Denunciation der Cedent jede Disposition über die abgetretene Forderung verliert.

Der letzte Abschnitt des Werkes handelt von der Delegation. Eine solche findet der Verfasser insbesondere auch in der Cession, obgleich er anerkennt, dass die eigentliche Delegation stets ein jussus ist und einen in der Cession enthaltenen jussus des Cedenten an den Schuldner nicht nachweist (zu finden ist allerdings ein solcher in der nothwendig coram adversario erfolgenden Bestellung eines cognitor). Da aber ein näheres Eingehen auf die vom Verfasser behandelten Materien nicht dieses Ortes sein kann, so sei nur noch die Versicherung beigefügt, dass die Schrift des Verfassers lesenswerth ist namentlich durch die klare und scharfe Hervorhebung der allgemeinen Gesichtspunkte, von welchen aus sie ein reiches Detail behandelt, ohne es zu erschöpfen, ohne aber auch je sich in dasselbe zu verlieren.

Greifswald. **Hölder.**

La table de bronze d'Aljustrel. Etude sur l'administration des mines au premier siècle de notre ère. Par Jacques Flach, avocat à la cour d'appel de Paris, professeur à l'école des sciences politiques et à l'école spéciale d'architecture. Paris. L. Larose, 1879.

Was an dieser Schrift vor allem angenehm auffällt, das ist die amtliche Stellung des übrigens durch seine Studien

über bonorum possessio dem Romanisten wohlbekannten Verfassers. In Deutschland, wo die einzelnen wissenschaftlichen Betriebe zunftmässig abgeschlossen zu sein pflegen, würde von den meisten Advocaten jede andere literarische Leistung eher erwartet werden können als eine derartige. Aber nicht nur die Erörterung praktischer Rechtsmaterien, sondern ebenso die Behandlung eines beliebigen aus besonderer Liebhaberei erwählten nichtjuristischen Themas liegt gemeinhin dem deutschen Advocaten näher als rechtshistorisch-philologische Forschung ohne Beziehung zum geltenden Rechte. Was uns der Verfasser vorlegt, ist nicht nur eine sehr angenehm sich lesende Darstellung, sondern wirkliche Forschung, welche zwar namentlich an deutsche Vorgänger sich anschliesst, auch allzuviel Neues diesen gegenüber nicht bringt, aber doch vielfach sowohl eine eingehendere Analyse des behandelten Documentes als auch neue Gesichtspunkte zu seiner Erklärung liefert. Im Einzelnen mag hervorgehoben werden, dass der Verfasser die centesimae argentariae stipulationis — ohne Zweifel richtig — ebenso versteht wie Bruns, weshalb er in der ersten Zeile nicht mit Hübner und Mommsen: stipulationum, sondern gewiss richtiger: venditionum ergänzt. Auf der dritten Zeile ergänzt der Verfasser nicht: centesimam n e exigito, sondern: a b e m t o r e exigito, für welche ansprechende Vermuthung er namentlich geltend macht, dass nach der anderen Lesung der betreffende Satz lediglich das im Vorhergehenden bereits Enthaltene wiederhole. Bezüglich der excepta summa der sechsten Zeile verwirft der Verfasser sowohl Hübner's der summa als Bruns' ihrer exceptio nicht gerecht werdende Auffassung; er versteht darunter eine durch Zurückziehung des betreffenden Objects oder eigene Ersteigerung desselben seitens des Verkäufers nicht zur Auszahlung gelangende Summe. Unter dem Verkauf de condicione versteht der Verfasser mit Bruns jeden Verkauf aus freier Hand, übersetzt aber jene Worte nicht in dem sprachlich schwerlich möglichen Sinn „von der Auction weg“, sondern durch de g r é à g r é d. h. zu vereinbarten

Bedingungen. Wenig wahrscheinlich ist des Verfassers Auffassung der commoda percipientes als fiscalischer Einnehmer.

Fügen wir dem Hervorgehobenen hinzu, dass der Verfasser mit Erfolg bestrebt ist, nicht nur ein möglichst genaues Verständniss der von ihm behandelten Urkunde, sondern auch eine anschauliche Kenntniss der von ihr berührten Vorgänge zu gewinnen, so wird das Urtheil hinreichend begründet sein, dass des Verfassers Arbeit eine dankenswerthe, dem Leser sowohl Genuss als Nutzen gewährende ist.

Greifswald. **Hölder.**

A Treatise on Hindu Law and Usage. By John D. Mayne. Madras u. London, 1878. XXXIX, 607 S.

Während die in Deutschland zu wenig gekannten Werke von Sir H. Maine das weite Gebiet der vergleichenden Rechtswissenschaft (comparative jurisprudence) nach allen Richtungen hin, aber mit besonderer Bezugnahme auf indische Verhältnisse, durchkreuzen, hat das vorliegende Werk eines lange in officieller Stellung in Indien thätig gewesenen englischen Barristers ausschliesslich das altindische Nationalrecht zum Gegenstande, genauer denjenigen Theil desselben, der unter der englischen Herrschaft seine Geltung beibehalten hat, nämlich das Erbrecht. In der Sanskritliteratur bildet dasselbe allerdings nur einen der 18 „Klagegründe", in welche das gesammte Recht zerfällt (s. diese Zeitschrift I, 244), es gewinnt aber in der umfassenden historischen Behandlung des Verfassers dadurch sehr an Umfang, dass er auch das Eigenthumsrecht, Schuldrecht, Adoptionsrecht und die wichtigsten Punkte des Familienrechts hereinzieht. Freilich ist der Ver-

fasser, was er selbst lebhaft beklagt, nicht Sanskritist und kennt daher die zahlreichen indischen Rechtsquellen nur aus den sehr sorgfältig von ihm benützten Uebersetzungen; insofern unterscheidet sich sein Werk nicht wesentlich von den Handbüchern von Strange, Morley und vielen Anderen, welche rein praktischer Natur und blos für den angloindischen Richter und Advocaten von Werth sind, mit alleiniger Ausnahme des vortrefflichen Digest of Hindu Law von West und Bühler (2 Bde., 1. Aufl., Bombay 1867, 1869), der aus dem Zusammenwirken eines deutschen Orientalisten mit einem englischen Juristen hervorgegangen ist. Diesem Werke, das im Wesentlichen die Grundlage von A. Mayr's „Indisches Erbrecht“ bildet, ist auch in Mayne's literarhistorischer Einleitung Vieles entnommen, aber in dem Haupttheil seines Werkes verfährt er durchaus selbständig, und stützt sich auf ein sehr reiches Material, indem er auch die zahlreichen Entscheidungen angloindischer Gerichtshöfe und die bisher über das Gewohnheitsrecht in verschiedenen Theilen Indiens vorliegenden Sammlungen sorgfältig verwerthet, wobei besonders aus den „Punjaub Customs“ interessante Mittheilungen gemacht werden. Im Pendschab hat sich unter vielen anderen alten Gebräuchen auch die Sitte periodischer Wiedervertheilungen des Grundeigenthums erhalten. Auch die ziemlich spärlichen Spuren der Dorfgemeinschaften in der alten Literatur hat Mayne richtig erkannt. Die Gemeindeweide wird ausserdem auch in dem Gesetzbuch des Yâjnavalkya (II, 166, 167) erwähnt; auf derselben scheint ein gemeinsamer Zuchtstier für die gesammte Rinderheerde des Ortes gehalten worden zu sein, bei dessen Ueberweisung an die Ortsgemeinde eine Feier stattzufinden pflegte (Stenzler, Pâraskara's Hausregel, S. 94 Nt.). Am ausführlichsten behandelt der Verfasser die joint family, da dieselbe die Grundlage des gesammten indischen Erbrechts bildet. Diese der südslavischen Hauscommunion genau entsprechende Institution ist, wie die sonst so reichhaltige Nachweise enthaltende deutsche Bearbeitung von Laveleye's „Ureigenthum“ zeigt,

in deutschen juristischen Kreisen noch nicht näher bekannt geworden. Ueberhaupt kann man die allmählige Entstehung des Privateigenthums wohl nirgends besser als in Indien studiren, wo, wie Mayne bemerkt, joint ownership die Regel ist; it will be presumed to exist in each individual case until the contrary is proved. Nicht weniger instructiv ist die Entstehung des Sondereigenthums der Frauen in Indien. Es berührt im Gegensatz zu vielen Vorgängern des Verfassers wohlthuend, dass er solchen allgemeinen Fragen weder aus dem Wege geht, noch mit vorgefassten Meinungen an sie herantritt, und so darf sein auch durch klare Darstellung ausgezeichnetes Buch neben dem grundlegenden Quellenwerk von West und Bühler Allen, die sich für die fraglichen Partieen des indischen Rechts interessiren, in erster Linie empfohlen werden.

Würzburg. **J. Jolly.**

The Damathat, or the laws of Menoo, translated from the Burmese. By D. Richardson. 2d edition. Rangoon, 1874. 776 S.

Ist es schon eine merkwürdige Erscheinung, dass das in der Sanskritliteratur niedergelegte altindische Recht sich in allen vorderindischen Staatswesen von Kaschmir bis zum Cap Comorin Geltung verschafft hat, obschon es nie eine eigentliche Codification im europäischen Sinne erfuhr, so zeigen die birmanischen (und siamesischen) Rechtsbücher deutlich, dass es frühe mit dem Buddhismus auch in Hinterindien Eingang fand. Das vorliegende, auch den birmanischen Urtext enthaltende Werk ist zwar ganz modern und scheint thatsächlich von birmanischen und anglobirmanischen Richtern als

Handbuch gebraucht zu werden. Es sind aber auch zahlreiche in Pali, der aus Indien stammenden heiligen Sprache der Buddhisten abgefasste Citate eingestreut, und der Inhalt verräth den indischen Ursprung fast auf jedem Blatt. Doch schliesst sich derselbe nicht nur, wie der Titel vermuthen liesse, an das Gesetzbuch des Manu, sondern auch an die spätere indische Rechtsliteratur an.

Würzburg. **J. Jolly.**

Literatur-Uebersicht.

II. Erbrecht.

(Vgl. auch oben p. 150 ff. Nr. 5, 6, 51, 53, 57, 58, 60, 73, 111, 126, 128 u. 129.)

A. Zur Geschichte des Erbrechts.

134. Caillemer, E. Le droit de succession à Athenes. (Nouvelle Revue historique I.)
135. Castelli, D. Il diritto di testare nella legislazione ebraica. Firenze.
136. Fipper, C. Das Beispruchsrecht nach altsächsischem Recht. Breslau. Köbner. (Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte III.)
137. Gierke, O. Erbrecht u. Vicinenrecht im Edict Chilperichs. (Z. f. Rechtsgesch. XII.)
138. Miller, H. Das langobardische Erbrecht. (Z. f. Rechtsgesch. XIII.)
139. Rosin, H. Comment. ad tit. legis salicae LIX. de alodis. Breslau, Köbner.
140. Rumsey, Almaric. A chart of hindu family inheritance. With an explanatory treatise. 8. London.

B. Allgemeines.

141. Baron, J. Angriffe auf das Erbrecht. (Deutsche Zeit- und Streitfrage.) VI. Heft. S. 5. Berlin, Habel. 8. 37 p.
142. Dubois, Em. La déduction des dettes et des charges dans l'impôt sur les successions. (Rev. génér. d'administration 1878.)
143. Scheel, H. v. Eigenthum u. Erbrecht. 8. Berlin, Habel. 32 p.
144. Scheel, H. v. Erbschaftssteuern u. Erbschaftsreform. 2 l Ed. Jena.
145. Hanson, Alfred. The acts relating to Probate, Legacy and Succession Duties. With Introduction, Notes, Appendix. 3d Ed. 8. 484 p. London.

146. Hellmann, F. Das gemeine Erbrecht der Religiosen. München. 8. 112 p.

147. Lehr, E. Les successions d'étrangers dans le canton de Valais. (Journ. de dr. int. pr. IV.)

148. Märker. Die Nachlassregulirung, das Erbrecht und die neue Vormundschaftsordnung für das Preuss. Rechtsgebiet. 5. Ed. Berlin, Decker.

149. Pacifici-Mazzoni. Trattato delle successioni. Vol. VII (dei legati.) Firenze.

150. Rivier, Alphonse. Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit Romain. Bruxelles, Paris et Genève 1878. I. p. 556.

151. Rivier, Alphonse. Les successions à cause de mort en Suisse. (Revue de droit intern. IX.)

C. Intestaterbfolge.

152. Collius, B. H. An Essai on Intestate Successions according to the French Code. 12. London.

153. Linares Livas. Estudio sobre successiones intentadas. (Revista de España, 1877.)

154. Lloyd, Eyre. The Succession Laws of Christian Countries, with special Reference to the Law of Primogeniture as it exists in England. London.

155. Merkel, J. Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben. Tübingen.

D. Testament. Pflichttheil. Legat.

156. Braun. Die Gesetze über den Pflichttheil. (Preuss. Jahrbücher XXI.)

157. Bruns. Ob und inwieweit die Testirfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsbeschränkung eingeschränkt werden soll? Gutachten für den 14. deutschen Juristentag.

158. Bruns. Das Pflichttheilsrecht. (Z. f. vgl. R.W. II.)

159. Cornulier-Lucitrière. Le droit de tester. 6e Ed. II 1032 p. 8. Orléans.

160. Cottineau. De la rédaction du testament public dicté en langue étrangère. (La France judiciaire II.)

161. Cuënot, René. Des droits de légitime et de réserve dans le droit romain, l'ancien droit français écrit et coutumier, le droit intermédiaire et le Code civil. Thèse. 8. 912 p. Paris.

162. Deloga, P. Delle condizioni nei testamenti secondo il diritto Romano. Primi studi. 8. 208 p. Cagliari.

163. Desjardin, F. La liberté de tester appréciée en Belgique. (La france judiciaire. 1877.)
164. Lefort, Henri. Des exécuteurs testamentaires. Genève. 8. 144 p.
165. Meyersburg. Ob und inwieweit die Testirfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsbeshränkung eingeschränkt werden soll? Gutachten für den 14. deutschen Juristentag.
166. Machelard. Dévolution et accroissement dans la querela inofficiosi testamenti. (Nouv. Rev. hist. du droit I.)
167. de Neyremand. Code général des Etats prussiens. Dispositions de ce Code relative à la forme des testaments. (La france judic. II.)
168. Pescatore. Herstellung des Inhalts verloren gegangener letztwilliger Verordnungen und Geltendmachung von Ansprüchen aus denselben nach Pr. A. L.R.
169. Redfield, J. F. The Law of Wills. Embracing Devises, Legacies, Parliamentary trusts: their Construction, Discharge and Mode of Enforcement. Vol 2. Boston. 3. Ed.
170. Schröder, F. Das Notherbenrecht. 1. Abth. Heidelberg, Winter.
171. Schultzenstein. Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht. 8. 256 p. Berlin, Guttentag.
172. Steinbach, Emil. Die Wirkungen letztwilliger und vertragsmässiger Veräusserungsverbote nach Oesterr. Rechte. Wien, Manz.
173. Theobald, L. H. Concise Treatise on the construction of Wills. 8. London.
174. Verhandlungen des 14. deutschen Juristentags. 1878.
175. Bousquet, P. Etude sur la loi Falcidie en dr. rom.; de la combinaison de la quotité disponible de dr. commun avec la quotité disponible spéciale entre époux en dr. franç. 8. 223 p. Paris.
176. Luparia, Vicenzo. Sulle disposizioni testamentarie a favore di corpi morali non ancora riconosciuti dallo stato el tempo della morte del testatore. (Archivio giud. XX u. XXI.)
177. Massol, M. Principes rationnels de la règle catonienne en dr. rom. et en dr. franç. 8. Toulouse.

Vgl. auch Nr. 149.

E. Erbschaftserwerb; Inhalt und Schutz des Erbrechts.

178. Cosack, C. Der Besitz des Erben. 108 p. Weimar, Brellen.
179. Folleville, D. de. De l'effet déclaratif du partage. (Revue générale du droit I.)
180. Gazzi. Sulla collazione ed imputazione da farsi nella divisione di eredità. (Rivista Legale Parmense Modenense I.)

181. Marchesini. Della vendita dei beni immobili della eredità beneficiate. Bologna.
182. Serafini, Phil. Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano l. 25. §. 17. D. V. 3. (Arch. giurd. XX. Extracti.)
183. Avenarius. Der Erbschaftskauf nach Römischem Recht. Lpzg. Fues.
184. Campani, G. Diritto d'accrescimento nella eredità testata. Sienne.
185. Göring, R. Die sog. Transmissionsfälle im römischen Erbrecht und ihre Bedeutung für die Lehre vom Erbschaftserwerb. (Jahrb. für die Dogmatik. N. F. III.)
186. Krieg. Delation einer Erbschaft im Falle einer Todtgeburt. München, Ackermann.
187. Lods, Armand. Des causes de rescision de l'acceptation d'une succession. (Rev. gén. du droit. I. II.)
188. Samter. Accrescenzrecht. (Archiv für die civilist. Praxis. 1878.)
189. Crémazy, L. La loi des successions dans le droit hindou moderne. (Nouv. Rev. hist. III.)
190. West & Bühler. A digest of the Hindu Law of Inheritance and Partition, from the Replies of the Shastris in the Bombay Presidency. 2d Ed. London.
191. Heussler. Der Gesetzentwurf über das eheliche Güterrecht und das Erbrecht der Ehegatten. (Zeitschr. f. schweizer. Gesetzgeb. u. Rechtspflege III.)
192. Melucci, P. Trattato della separazione del patrimonio del defunto daquello dell' erede, secondo il Cod. civ. Italiano, col confronto del diritto Romano, del Cod. Napoleone e delle giurisprud. Franc. et Ital. 8. Turin. 144 p.
193. Un testament du XIVe siècle (Messager des sciences historiques de Belgique). 1879.
194. Krom, C. C. N. Oud Nederlandsch Erfhuisrecht. 8. 149. Nijmegen. 1878.
195. Luparia, Vincenzo. L'onorato dal testatore deve esistere al tempo in cui si apre la successione? (Arch. giur. XXIII.)
196. De Cillis, Franc. Saverio. Del diritto di accrescere secondo la dottrina Romano comparata col Cod. Civile Italiano. (Arch. giur. XXII.)
197. Constantin, E. De l'hypothèque des légatoires en dr. Romain, dans les coutumes et en dr. Français. 231 p. 8. Paris.
198. Hinkley, E. Testamentary Law and Law of inheritance and apprentices in Maryland, with app. of forms and index. 8. 784 p. Baltimore.
199. Lespinasse, H. Du rapport fictif pour le calcul de la quotité disponible. (Revue critique de droit 1879.)







